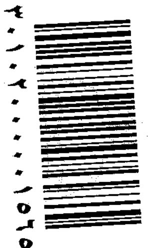
المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا
فرع الفقه وأصوله، شعبة الفقه



العقود المسماة في الإسلام

شادية كعكي

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه



إشراف
فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة

إعداد
الطالبة: شادية محمد أحمد كعكي

١٤١٠هـ

- الجزء الأول -





بسم الله الرحمن الرحيم




شكر وتقدير

شادية كتبي

أشكر الله تبارك وتعالى على ما أسلف من آلائه وألتمس المزيد من نعمائه فقد وهبني نعماً كثيرة لا تعد ولا تحصى .. أعظمها نعمة الإسلام، ونعمة الانتماء إلى بلد عظيم، وأسرة كريمة، وجامعة عريقة، وكلية مجيدة، وأساتذة كرام...

وقد كان من عظيم فضله سبحانه أن شرفني بأستاذي الكريم فضيلة الأستاذ الدكتور "أحمد فهمي أبو سنة" الذي ما ضن عليَّ قط بشيء مما آتاه الله من العلم، فكان نعم الأب والأستاذ الذي علمني الإخلاص والبذل وحب العلم والصبر في طلبه ولا أنسى ما حييت ما قاله لي يوماً:

فلا تأسى لوقتك حين يمضي   فعند الله فيض من نوال

فذا دين يورث خير دار   وذا عز يبلغك العوالي

أسأل الله تبارك وتعالى أن يحفظه للعلم ذخراً، ولي أباً رحيماً وأستاذاً كريماً وأن يجزيه خير الجزاء عما يبذل في سبيله.

كما أنني أتقدم بالشكر الجزيل إلى جامعة أم القرى التي منحتني شرف الانتماء إليها، وإلى جامعة الملك عبد العزيز التي يسرت ابتعاثي لإتمام رسالتي هذه، وإلى كل من قدم لي معروفاً أو دعا لي مخلصاً.

وأخص بالشكر حكومتنا الرشيدة التي أنفقت الغالي والنفيس على العلم وطلابه ولا سيما علوم الشريعة.

فجزى الله القائمين عليها خير الجزاء على كل ما يبذلون في سبيل رفعة دين الله وأخص بالشكر خادم الحرمين الشريفين وولي عهده الأمين

والحمد لله رب العالمين.

إهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى كلّ من تفانى في أداء
ما له عليه من الحقوق حتّى قدّمه على نفسه :
أمّي الحبيبة الغالية أبقاها الله ورعاها وحفظها
من كلّ سوء ومكروه .
ووالدي الحبيب رحمه الله وأسكنه فسيح جنّاته
وأستاذي الكريم
وإخوتي الأحباء
محتسبة كلّ ما قدّمته من جهد وعناء ، سائلة
المولى جلّ شأنه الأجر والثّواب لي وإلى من أهديتها لهم
إنّه جواد كريم .

شادية محمّد كعكي .

المقدمة

تقديم

لله الحمد ربّ السّماوات وربّ الأرض ربّ العالمين ، أمر بالعدل والإحسان ، ونهى عن المنكر والعدوان .

والصّلاة والسّلام على سيدنا محمّد الّذى أرسله الله رحمة للعالمين بيّن حقّ الله على عباده وحقّ العباد بعضهم على بعض ثم أوصى أن يعطى كلّ ذى حقّ حقّه .

أمّا بعد :

فلمّا كان العدل من آكد ماكلّف الله النّاس به ومن أجله أرسل الرّسل وأنزل الكتب ، ولمّا كان الظّلم من أشدّ محارمه ، ولهذا عجّل بعقوبته فى الدّنيا فقال بعد أن قصّ على النّاس إهلاك الأمم الظالمة : {وَكَذَٰلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَآ أَخَذَ ٱلْقُرَىٰ وَهِىَ ظَٰلِمَةٌ ۚ إِنَّ أَخْذَهُۥٓ أَلِيمٌ شَدِيدٌ}(١) : وقفت جهودى على مابه يتحقّق العدل بين النّاس فعالجت فى رسالة الماجستير العدل فى الحقوق من حيث مقاديرها وكان عنوان تلك الرّسالة "العدل فى المعاوضات الماليّة" . ثم رغبت فى الرّسالة الّتى أكتبها للحصول على الدّكتوراة أن أعالج العدل فى الحقوق من حيث منازلها إذا اجتمعت وأيّها يقدّم وأيّها يؤخر عند الأداء فجعلت عنوانها الذى نال الموافقة بحمد الله "الحقوق المقدّمة عند التّزاحم" فكان موضوع هذه الرّسالة شاملا لجل أقسام الفقه .

---

(١) سورة هود : ١٠٢

وكانت خطّتى الّتى وضعتها لهذه الرّسالة مكونة من مقدمة وأبواب :

<u>الباب التمهيدى</u> .

يتضمن الكلام عن الحقّ من حيث معناه ، وصلته بالحكم الشّرعى ، وتقسيماته ، ونشأته ، وانقضاؤه .

وفيه ثلاثة فصول :

الأوّل : فى معنى الحقّ وصلته بالحكم الشّرعى .

والثّانى : فى تقسيمات الحقوق .

وتحته ثلاثة مباحث :

الأوّل : فى تقسيم الحقوق باعتبار صاحبها إلى :

حقّ اللّه تبارك وتعالى ، وحقّ الإنسان ، وما اجتمع فيه الحقّان .

والمبحث الثّانى : فى تقسيم الحقوق باعتبار محلّها إلى حقّ متعلّق بالعين ، وحقّ متعلّق بالذّمّة .

والمبحث الثّالث : فى تقسيم الحقوق باعتبار مراتبها إلى :

حقوق متفاضلة ، وحقوق متكافئة .

الفصل الثّالث : فى نشأة الحقّ وانقضائه .

وفيه مبحثان :

الأوّل : فى أسباب نشأة الحقّ .

والثّانى : فى أسباب انقضائه .

<u>وأمّا الباب الثّانى</u> : ففى الحقوق المتعلّقة بالعبادات .

وتحته ثلاثة فصول :

الأوّل : فى الحقوق المتعلّقة بالصّلاة .

وفيه خمسة مباحث :
الأوّل : في الحقّ المتعلّق بالماء إذا لم يكف إلاّ الطّهارة من الحدث أو الطّهارة من النجس .
والمبحث الثّاني : فيما إذا اجتمعت الفوائت هل يجب التّرتيب في قضائها ؟ وهل يجب التّرتيب بين الفائتة والوقتيّة ؟
والمبحث الثّالث : في اجتماع صلاة الجنازة مع غيرها من الصّلوات .
والمبحث الرّابع : في اجتماع صلاة الكسوف مع غيرها من الصّلوات .
والمبحث الخامس : في حقّ الإمامة .
الفصل الثّاني : في الحقوق المتعلّقة بالزّكاة .
وفيه تمهيد ومبحثان :
التّمهيد : في تعلّق الزّكاة بالعين أو بالذّمّة .
والمبحث الأوّل : في تزاحم الزّكاة والدّين .
والمبحث الثّاني : في تزاحم الزّكاة مع حقّ المرتهن .
الفصل الثّالث : في الحقوق المتعلّقة بالحج .
وفيه تمهيد ومبحثان :
التّمهيد : في شروط وجوب الحجّ ، وهل الحجّ واجب على الفور أو على التّراخي ؟
والمبحث الأوّل : في تزاحم الحجّ مع حقّ من حقوق اللّه تبارك وتعالى .
والمبحث الثّاني : في تزاحم الحجّ مع حقّ من حقوق الإنسان .

وأمّا الباب الثّالث : ففي الحقوق المتعلّقة بالمال .

وتحته تسعة فصول :

الأوّل : فى الحقّ المتعلّق بالعين المملوكة بسبب الاستحقاق وتتبعه .

وفيه ثلاثة مباحث :

الأوّل : فى الاستحقاق : تعريفه، وانواعه، وحكم المطالبة بالحق ، وسبب الاستحقاق ، وشروطه ، وموانعه .

والمبحث الثّانى : فى تتبّع الحقّ فى العين المستحقّة .

والمبحث الثّالث : فى التّزاحم على زيادة العين المستحقّة .

الفصل الثّانى : فى الحقّ المتعلّق بالمال الّذى حكم على صاحبه بالتّفليس .

وفيه تمهيد ومبحثان :

التّمهيد : فى التّفليس : تعريفه ومشروعيّته وشروطه .

المبحث الأوّل : فى تزاحم حقّ المفلس فى ماله مع حقوق الغرماء فيه .

والمبحث الثّانى : فى قسمة مال المفلس .

الفصل الثّالث : فى الحقّ المتعلّق بالمبيع إذا فلّس المشترى .

وفيه ثلاثة مباحث :

الأوّل : فى تزاحم البائع الّذى لم يقبض الثّمن ممّن فلّس مع بقيّة غرمائه .

والمبحث الثّانى : فى الحالات المختلف فى أحقيّة البائع بمبيعه فيها .

الفصل الرّابع : في الحقّ في العين المرهونة .
وفيه تمهيد واربعة مباحث :
التّمهيد : في الرّهن : تعريفه ، ومشروعيّته ، وانعقاده ولزومه .
والمبحث الأوّل : موضوعه : لمن الحقّ في استدامة حبس المرهون أو حيازته ؟
والمبحث الثّاني : لمن الحقّ في الانتفاع بالرّهن ؟
والمبحث الثّالث : لمن الحقّ في زيادة الرّهن ؟
والمبحث الرّابع : لمن الحقّ في الاستيفاء من الرّهن ؟
الفصل الخامس : في الحقّ في المبيع والمستأجر للعمل فيه واللّقطة .
وفيه ثلاثة مباحث :
الأوّل : في حقّ البائع في المبيع إذا لم يقبض الثّمن .
والمبحث الثّاني : في حقّ الأجير في المستأجَر للعمل فيه .
والمبحث الثّالث : في حقّ الملتقِط في اللّقطة إذا أنفق عليها .
الفصل السّادس : في اجتماع ديون الصّحّة وديون المرض .
وفيه ثلاثة مباحث :
الأوّل : في معنى ديون الصّحّة وديون المرض .
والمبحث الثّاني : في مايقدّم من ديون الصّحّة وديون المرض .
والمبحث الثّالث : في مايقدّم من الدّيون والأعيان المقَرّ بها في مرض الموت .

الفصل السّابع : في الحقوق المتعلّقة بالتّركة .
وفيه مبحثان :
الأوّل : في تعريف التّركة وحصر الحقوق المتعلّقة بها .
والمبحث الثّاني : في ترتيب الحقوق المتعلّقة بالتّركة وبيان كلّ حقّ .
الفصل الثّامن : في اجتماع نفقات الوقف ودينه مع حقوق المستحقّين .
وفيه تمهيد ومبحثان :
التّمهيد : في تعريف الوقف ، والمال الذي يصحّ وقفه .
والمبحث الأوّل : في اجتماع حاجة الموقوف إلى الإنفاق مع حقوق المستحقّين .
والمبحث الثّاني : في اجتماع ديون الوقف مع حقوق المستحقّين .
الفصل التّاسع : في الحقّ في المباحات .
وفيه ثلاثة مباحث :
الأوّل : في التّزاحم على الأرض الموات .
والمبحث الثّاني : في التّزاحم على الأعيان المباحة الموجودة في الأرض .
والمبحث الثّالث : في التّزاحم على المنافع العامّة .
أمّا الباب الرّابع : ففي الحقوق المتعلّقة بالأسرة .
وتحته خمسة فصول :
الأوّل : في تزاحم الزّواج مع حقّ من الحقوق .
وفيه تمهيد ومبحثان :
التّمهيد : في حكم الزّواج .

والمبحث الأوّل : في التّزاحم بين الزّواج وبين حقّ من حقوق اللّه تعالى .

والمبحث الثّاني : في التّزاحم بين الزّواج وبين حقّ من حقوق العباد .

الفصل الثّاني : في الولاية على الزّواج والتّزاحم عليها .

وفيه تمهيد ومبحثان :

التمهيد : في اشتراط مباشرة الوليّ ورضا المرأة في عقد الزّواج .

والمبحث الأوّل : في المستحقّين للولاية على المرأة في زواجها ورتبهم .

والمبحث الثاني : في ذات الوليين .

الفصل الثّالث : في حقّ كلّ من الزّوجين على الآخر وتزاحمه مع غيره .

وفيه تمهيد ومبحثان :

التّمهيد : في بيان حقّ كلّ من الزّوجين على الآخر .

والمبحث الأوّل : في اجتماع حقّ الزّوج على زوجته مع غيره .

والمبحث الثّاني : في اجتماع حقّ الزّوجة على زوجها مع غيره .

الفصل الرّابع : في حقّ الزّوجات في البقاء فيما إذا أسلم الزّوج على أكثر من أربع نسوة أو على من يحرم الجمع بينهن .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

التّمهيد : فى اصولٍ ثلاثة يبنى عليها الموضوع .

والمبحث الأوّل : فيما إذا أسلم الزّوج على أكثر من أربع نسوة .

والمبحث الثّانى : فيما إذا أسلم الزّوج على أختين أو على امرأة وبنت أخيها أو على امرأة وبنت أختها .

والمبحث الثّالث : فيما إذا أسلم الزّوج على امرأة وابنتها .

الفصل الخامس : فى الحقّ فى الحضانة .

وفيه تمهيد وأربعة مباحث :

التّمهيد : فى تعريف الحضانة ، ومشروعيّتها ، وصفات الحاضن والمحضون ، ومدّة الحضانة .

والمبحث الأول : موضوعه هل الحضانة حقّ للحاضن أو للمحضون أو لهما معا ؟

والمبحث الثانى : فى المستحقين للحضانة ورتبهم .

والمبحث الثالث : فى المقدّم عند تساوي مستحقّي الحضانة .

والمبحث الرابع : فى الآثار المترتبة على التّرتيب السّابق لمستحقّي الحضانة .

<u>أما الباب الخامس</u> : ففي الحقوق المتعلّقة بالعقوبات والكفّارات .

وتحته فصلان :

الأوّل : فى اجتماع العقوبات .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

التّمهيد : فى أنواع العقوبات المتزاحمة ولمن يكون

الحقّ فيها .

والمبحث الأوّل : في اجتماع ماكان حقّاً للّه تعالى من العقوبات .

والمبحث الثّاني : في اجتماع ماكان الغالب فيه حقّ الآدميّ من العقوبات .

والمبحث الثّالث : في اجتماع ماكان حقّاً لله تعالى وماكان الغالب فيه حقّ الآدمي .

الفصل الثّاني : في اجتماع الكفّارات .

وفيه تمهيد ومبحثان :

التّمهيد : في بيان معنى الكفّارات وحصرها .

والمبحث الأوّل : في اجتماع الكفّارات المتماثلة الأسباب

والمبحث الثّاني : في اجتماع الكفّارات المختلفة الأسباب .

الخاتمة : وقد ضمّنتها أهمّ النّتائج التي توصّلت إليها في هذه الرّسالة .

الفهارس : وقد قمت بعمل فهارس لأهمّ محتويات الرّسالة من الآيات والأحاديث والآثار والأعلام والمراجع والموضوعات .

هذا وقد كان منهجي في الرّسالة على النّحو الآتي :

<u>أوّلا</u> : حاولت جاهدة جمع أهم الصور المتعلّقة بالموضوع والتي يكثر وقوعها بين النّاس وإلا فإنّ الاستيعاب يحتاج إلى مجلدات ضخمة وقد بوّبت تلك الصّور حسب أبواب الفقه ومهّدت لكلّ موضوع بما يوصل إلى المقصود منه .

<u>ثانيا</u> : اتّبعت أسلوب الموازنة بين المذاهب الفقهية وأغفلت بعض الأقوال التي ليس لها نصيب من الدّليل ، وقد

اتبعت طريقين فى عرض أقوال الفقهاء وأدلّتها فأحيانا أعرض الأقوال ثم اتبعها بالأدلّة والمناقشة ، وأحيانا أعرض القول واتبعه بدليله بحسب ماتقتضيه كلّ مسألة ، وبدأت غالبا بالقول الرّاجح فقدمته لأهميته .

وثالثا : ذكرت الأدلّة التى استدلّ بها أصحاب كلّ مذهب من كتبهم وأحيانا أكتفي بأهمّها وقد لاأجد للمذهب دليلا فى كتبه فآخذه من كتب أخرى وأضعه بصيغة (يستدلّ لهم) .

رابعا : حاولت جاهدة تخريج ما استدلّ به الفقهاء من الأحاديث والآثار من المراجع الأصلية وقد يتعذر علي معرفة مكان الحديث فيها فأكتفى بكتب التخريج عندئذ مثل نصب الراية ، وتلخيص الحبير ، وإذا تكرّر الحديث أو الأثر أحيل على ماذكرت أوّلا .

خامسا : عرّفت كلّ الأعلام عند ذكرها لأول مرة ماعدا الأعلام المشهورة .

ومن يرغب فى مراجعته يتفضل بالنّظر فى فهرس الأعلام لمعرفة مكان تعريفه أوّل مرة فيراجعه .

سادسا : نظرا لأنّى رجعت فى معظم المسائل التى بحثتها إلى كتب المذاهب الأربعة والظّاهرية : فإنى رمزت فى الهامش إلى كتب الحنفيّة بـ (ف) ، وإلى كتب المالكيّة بـ (م) ، وإلى كتب الشّافعية بـ (ش) ، وإلى كتب الحنابلة بـ (ل) ، وإلى كتب الظّاهرية بـ (ظ) .

سابعا : نظراً لأنّ بعض المراجع قد يكون مطبوعا بدون شرح ، وقد يطبع مع شرحه ، كما أنّه قد يكون له أكثر من شرح أمثال :

صحيح البخاري ، وصحيح مسلم ، وموطّأ مالك ، وسنن أبى داود ، والمهذب .

فعندما أضع اسم الكتاب بمفرده أعني غير المشروح وإذا أردت المشروح وضعت بشرح كذا .

وسأبين طبعات الكتب وسنوات الطبع فى المراجع .

وبعد :

فإنّي حاولت المشاركة فى البحث العلمي بجهد متواضع أسأل الله تبارك وتعالى أن يتقبله منى ، وأن يجعله خالصا لوجهه ، وأن يجنبنى فيه مواطن الخطأ والزّلل . إنّه سميع مجيب .

الباب التمهيدي

في

الحق

معناه وصلته بالحكم الشرعي وتقسيماته ونشأته وانقضائه

وفيه فصول

الأول: معنى الحق وصلته بالحكم الشرعي

والثاني: تقسيماته

والثالث: نشأة الحق وانقضائه

الفصل الأول

معنى الحق وصلته بالحكم الشرعي

شادية كتاني

وفيه مبحثان

الأول: تعريف الحق وأركانه

والثاني: صلة الحق بالحكم الشرعي

المبحث الأوّل

تعريف الحقّ وأركانه

تعريف الحقّ :

الحقّ في اللغة :

مصدر حقّ يحقّ ـ بكسر الحاء وضمها ـ وجمعه : حقوق وحقائق .

يقال : حقّ الشّىء إذا وجب وثبت ، واستحق فلان الأمر : بمعنى استوجبه وثبت له (١) .

ويستعمل الحقّ فى اللّغة فى معان كثيرة لاتخرج عن كونه "الثّابت الّذى لايسوغ إنكاره" (٢) .

فمن تلك المعاني :

* الموجود الثّابت (٣) .

ويمكن أن يفسر به قوله تعالى : {وَفِي ٱلسَّمَآءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ . فَوَرَبِّ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَآ أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ} (٤) .

* ومنها : الواجب (٥) .

---

(١) انظر المصباح المنير مادة (حق) ، القاموس المحيط ، نفس المادة السابقة .
(٢) التعريفات للجرجانى ص ٧٩ ، وانظر : تفسير الفخر الرازى ١٤٩/٢ .
(٣) انظر : القاموس المحيط مادة (حق) .
(٤) سورة الذاريات : ٢٢، ٢٣ . وانظر : تفسير الخازن ١٨٣/٤
(٥) انظر : المصباح المنير مادة (حق) ، معجم مقاييس اللغة ، نفس المادة .

كقوله تعالى : {وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} (١) .

* ومنها : النصيب أو الحظ (٢) .

كقوله تعالى : {وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} (٣) .

* ومنها : الملك .

يقال : هذه الدّار حقّي بمعنى ملكي (٤) .

* ومنها : نقيض الباطل .

بمعنى أنّه الحكم المطابق للواقع يطلق على ما اشتمل عليه دين الإسلام من العقائد والأحكام والأخلاق (٥) .

* ومنها : مايقال في تفسير قول "هو أحقّ بكذا" فإنّه يفسر بمعنيين :

أحدهما : أنّه بمعنى الاختصاص المطلق من غير مشاركة نحو : زيد أحقّ بماله أي لاحقّ لغيره فيه (٦) .

ومنه قوله تعالى : {يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَنْ يُرْضُوهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ} (٧) .

وقوله سبحانه : {وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ} (٨) .

والثّاني : الاشتراك والزّيادة بمعنى أفعل التّفضيل .

كقولهم : زيد أحسن وجها من فلان ومعناه : ثبوت الحسن

---

(١) سورة البقرة : ٢٤١ . وانظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٢٧/١ .
(٢) انظر : لسان العرب مادة (حق) .
(٣) سورة الذاريات : ١٩ . وانظر : تفسير الخازن ١٨٢/٤ .
(٤) انظر : لسان العرب مادة (حق) .
(٥) انظر : التعريفات للجرجاني ص ٧٩ .
(٦) انظر : المصباح المنير مادة (حق) ، القاموس المحيط ، نفس المادة .
(٧) سورة التوبة : ٦٢
(٨) سورة الأحزاب : ٣٧

لهما وزيادة الأوّل (١) .

ومن هذا الباب : الحديث الّذى أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود بسندهم إلى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما أنّ النّبى صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (الثّيّب أحقّ بنفسها من وليّها ...) (٢) .

ومعناه : أنّ لها فى نفسها فى الزّواج حقّا ولوليّها حقّا وحقّها أوكد (٣) .

أمّا الحقّ فى الاصطلاح :

فلايوجد للفقهاء تعريف خاصّ للحقّ بمعناه العامّ بل استعملوه فيما وضع له فى أصل اللّغة كما نبّه على ذلك الرّاغب الأصفهانى فى مفرداته ، وكما ظهر لى وسيظهر فى ثنايا هذه الرّسالة بإذن اللّه (٤) .

وقد حاول الفقهاء المحدثون وضع تعريفات للحقّ أختار منها أكثرها وضوحا ودلالة على المراد من الحقّ فى هذه الرّسالة وهو ماجاء فى النّظريات العامّة للمعاملات أنّ الحقّ :

---

(١) انظر : المصباح المنير مادة (حق) ، القاموس المحيط ، نفس المادة .

(٢) انظر : مسند الامام أحمد ، مسند عبد الله بن العباس ابن عبد المطلب رضى الله عنهما ٢١٩/١ .
وصحيح مسلم بشرح النووى ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ٢٠٤/٩ .
وسنن أبى داود بشرح عون المعبود ، فى النكاح ، باب فى الثيب ١٢٥/٦ .

(٣) انظر : شرح النووى على صحيح مسلم ٢٠٤/٩ .

(٤) انظر : معجم مفردات ألفاظ القرآن مادة حق ، ص ١٢٥ .
والراغب الأصفهانى هو : أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل الملقب بالراغب ، أصله من أصفهان واليها نسب وعاش فى بغداد ولاتعرف سنة ولادته .
ومن مؤلفاته غير المعجم : محاضرات الأدباء ومحاورات الشعراء والبلغاء ، وتفضيل النشأتين وتحصيل السعادتين ، والأخلاق ، روى أنه توفى سنة نيف وخمسمائة انظر : سير أعلام النبلاء مع تحقيقه ١٢٠/١٨ .

(ماثبت في الشّرع للّه او للإنسان على الغير)[1] .

شرح التّعريف :

ما : جنس في التّعريف بمعنى شئ .

وهو شامل لملك العين كالدار ؛ ولملك المنفعة كسكنى الدّار ، وللحقوق الفكرية كحقّ التاليف والصّناعة والاختراع .

وهو شامل للعمل كعبادة اللّه تعالى ، وكالسّير في طريق العامّة ، وللامتناع عن الفعل الضّار كالامتناع عن إتلاف مال الغير .

وشامل ايضا للوصف كالولاية على الصّغير في ماله او نفسه وكولايه الحاكم والزّوج .

ويشمل ايضا الحقوق الفطريّة كحقّ الحريّة وحقّ الحياة .

ثبت : الثّبوت هنا يراد به التّسلط والتمكن بحيث لايملك احد رد ماثبت ولا الحيلولة دونه .

ولافرق بين ان يكون الثّابت على وجه الاختصاص وهو المعروف بالملك ، او على وجه الاشتراك كما في الإباحة العامّة[2] . والحقّ الثّابت أعمّ من أن يكون واجباً أو مندوباً

في الشّرع : المراد انّ هذا الحقّ قد اثبته الشّرع ولم يمنع منه وذلك لانّ مصادر الحقوق كلّها هو شريعة اللّه وليس في الإسلام حقوق مصدرها العقل او الطّبع كما قال بذلك بعض

---

(١) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية لأستاذي فضيلة الدكتور احمد ابو سنة ص ٥٠ .

(٢) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥١ .

المعتزلة واهل القانون .(1)

للّه او للإنسان : هذه العبارة تبيّن أنّ الحقّ معنى عامّ يدخل تحته حقّ اللّه تبارك وتعالى من عبادته وإقامة دينه ، وحقّ الإنسان كالدّيون والنّفقات .

وسواء أكان هذا الحقّ لآدمي معيّن كالحقوق الماليّة ، والزّواج وغيره من العقود ، والعقوبات كالقصاص والوقف على معين أم كان لآدمي غير معيّن كالوقف على الفقراء والمساكين أو على جميع المسلمين .

على الغير : معناه أنّ كل ماثبت للّه أو للإنسان واجب على الغير - إذ أنّ كلمة (على) للاستعلاء ويراد بها الوجوب -(2) وسواء أكان ذلك الغير معيّنا فردا أو جماعة ، أم غير معيّن وذلك كحقّ الإنسان فى ثمن مابـاع فإنه واجب على المشترى وهو حقّ على معيّن .

---

(١) فقد ذهب بعض المعتزلة إلى أن العقل له صلاحية الكشف عن الأفعال من حيث ترتب الثواب والعقاب عليها : فما وضح للعقل حسنه فهو حسن يترتب عليه الثواب كانقاذ الغرقي والهلكى ، وماوضح للعقل قبحه فهو قبيح يترتب عليه العقاب كأخذ الأموال ظلما .
فالعقل عندهم يدل على حكم الله فى هذه الأفعال ولايفتقر ذلك الى التوقف على ورود الشرائع وانما الشرائع مؤكدة لحكم العقل فيما يعلمه العقل بالضرورة
انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥١ ، نهاية السول شرح الاسنوى ١١٥/١ ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ٢٥/١ .
وأما أهل القانون الذين قالوا ان هناك حقوقا طبيعية فقد نص القانون المدنى المصرى وغيره فى مادته الأولى الفقرة الثانية على أنه اذا لم يوجد الحكم فى نصوص القانون ومبادىء الشريعة الاسلامية والعرف يقضى بأحكام القانون الطبيعى ويقصدون به : الأحكام التى تدرك العقول الراقية أنها هى الحق من غير استناد فى ذلك الى شرع أو عرف .
انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥١ .

(٢) انظر : التوضيح لصدر الشريعة ١١٥/١ ، تيسير التحرير ١٠٦/٢ .

وامّا الحقّ على غير المعيّن فهو الواجب على النّاس جميعا كملك الإنسان لإرثه فإنّه يجب على النّاس جميعا الاّ يتعرضوا له ولايحولوا بينه وبين ماورث وماقيل في الإرث الواجب يقال في المندوب و المكروه. (١)

ومن التّعريف السّابق للحقّ يظهر انّ له اركانا اربعة :

احدها : الشّيء الثّابت ويسمى المستحَق - بفتح الحاء - وهو إمّا أن يكون مالاً كالثّمن في عقد البيع فإنّه حقّ للبائع على المشتري ، وإمّا ان يكون منفعة كالسّكنى في الدّار المستأجَرة فإنّها حقّ للمستأجِر على المؤجر ، وإمّا ان يكون عملا كالعبادات فإنّها حقّ للّه على عبيده ، وإمّا ان يكون إمتناعاً عن عمل كالامتناع عن المحرّمات حقّا للّه تعالى ، وإمّا ان يكون وصفا كالولاية على المرأة والصّغير فإنّها حقّ ثابت للّه ولهما على وليّهما .

والرّكن الثّاني : من له الحقّ ويسمّى صاحب الحقّ او المستحِق - بكسر الحاء - سواء اكان هو اللّه تبارك وتعالى - فهو صاحب الحقّ باعتبار ثبوته له لالحاجته إليه تعالى اللّه عن ذلك علوّا كبيرا - ام كان هو الإنسان ، أم كان اللّه والإنسان .

وسيظهر ذلك في الفصل التّالي في التّقسيم الأوّل للحقوق إن شاء اللّه .

والركن الثّالث : مَن عليه الحقّ ويسمّى المكلّف . (٢)

وهو إمّا أن يكون معيّنا واحداً او جماعة ، وإمّا ان يكون غير معيّن بمعنى ان الحقّ يجب على النّاس جميعا .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥١ .
(٢) انظر : الموافقات للشاطبي ٢/٢٧٧ .

وعندما يفقد هذا الرّكن لايكون هناك حقّ واجب ، وذلك كما فى الإباحة الخاصّة وقد جاء تعريفها فى مجلة الأحكام العدليّة فى المادة (٨٣٦) بأنّها : (التّرخيص والإذن لواحد أن ياكل او يتناول شيئا بلاعوض) .

فإذا اباح واحد لآخر شيئا من مطعوماته فليس للمباح له التّصرف فيه بوجه من لوازم التّملك كالبيع والهبة ولكن له الاكل والتّناول من ذلك الشّىء .(١)

ومعنى ذلك :أن من أبيح له الطّعام لايحق له أن يتملكه إذ أنّ ذلك رخصة وإباحة من المالك لاحقّ عليه .

هذا ومن باب الإباحة الخاصّة الإعارة عند الشّافعية والحنابلة فإنّها : إباحة الانتفاع بما يحلّ الانتفاع به مع بقاء عينه بلاعوض .(٢)

وممّا سبق يتضح أنّ الإذن فى استهلاك الملك أو استعماله لايوجب حقّا للمأذون له حتّى ان الفقهاء اعتبروا العقود غير اللاّزمة ولو من جانب واحد ليست واجبة لجواز الانفراد بفسخ أسبابها ومعنى ذلك انّها لاتوجب حقّا على مريد الفسخ فى دوام العقد وذلك كعقد الوكالة ، والعاريّة والرّهن بالنّظر إلى المرتهن .

---

(١) انظر : شرح المجلة لسليم رستم ص ٤٦٢ ، كشاف القناع ١٧٢/٥ ، القواعد لابن رجب ص ١٩٧ .

(٢) وأما الحنفية والمالكية فالاعارة عندهم : تمليك المنافع بلاعوض .
وفرق بين تمليك المنفعة واباحتها فان من ملك المنفعة جاز له أن يملكها بخلاف من أبيحت له .
انظر : ف : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٨٣/٥ .
م : الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٥٧٠/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٢٦٣/٢ ، المهذب ٣٧٠/١ .
ل : كشاف القناع ٦٢/٤ ، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٢ .

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الإباحة الخاصّة تفارق الإباحة العامّة الثّابتة بإذن الشّارع كإحياء الموات ، وأخذ الماء من الأنهار فإنّها حقّ لازم يجب على النّاس جميعا الاّيتعرضوا للإنسان في استعماله هذه المباحات .(١)

جاء في المجلّة العدليّة في المادة (١٢٥٤) : (يجوز لكلّ واحد الانتفاع بالمباح لكنّه يشترط الاّ يضرّ بالعامّة) .(٢)

وفي المادة (١٢٥٥) : (ليس لواحد قبل أخذ الشّيء المباح وإحرازه أن يمنع الآخر عنه) .(٣)

الرّكن الرّابع : مشروعيّة الحقّ .

بمعنى أنّ الشّارع قد أذن في هذا الحقّ ولم يمنعه وذلك لأنّ مصدر الحقوق كلّها هو الشّريعة الإسلامية فالله تعالى هو الحَكَم الّذي يحكم بين عباده والحُكم له وحده قال تعالى : {إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ يَقُصُّ ٱلْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ ٱلْفَاصِلِينَ} .(٤)

وقد أنزل الله تعالى الكتب وأرسل الرسل ليحكم بين عباده كما قال سبحانه : {كَانَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ ٱللَّهُ ٱلنَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ ٱلْكِتَابَ بِٱلْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ فِيمَا ٱخْتَلَفُواْ فِيهِ ...} .(٥)

وعلى هذا : فكلّ ماليس بمشروع لايكون حقّا كالاعتداء على الأنفس والأعراض والأموال وكالرّبا والرّشوة .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥٤ .
(٢) انظر : شرح المجلة لسليم رستم ص ٦٨١ .
(٣) انظر : نفس المرجع السابق .
(٤) سورة الأنعام : ٥٧
(٥) سورة البقرة : ٢١٣
وانظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٦١/٣٥ ، اعلام الموقعين ٢٧٩/٢، ٢٨٠ .



وعلينا أن نتبع الأمر الوارد في قوله سبحانه :
{ٱتَّبِعُوا۟ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا۟ مِن دُونِهِۦٓ أَوْلِيَآءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ} (١) .

---

(١) سورة الأعراف : ٣
وانظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥٤ ، اعلام الموقعين ٢/٢٨٠ .

المبحث الثّانى

صلة الحقّ بالحكم الشّرعي

قبل الكلام عن صلة الحقّ بالحكم الشّرعى ينبغى التّمهيد لذلك باعطاء لمحة سريعة عن تعريف الحكم وتقسيمه ومن ثَمَّ بيان صلة الحقّ به .

الحكم الشّرعى : تعريفه وتقسيمه .

أما تعريفه :

فهو عند الأصوليين : خطاب اللّه تعالى المتعلّق بأفعال العباد طلبا أو تخييرا أو وضعا .

وهو عند الفقهاء : ماثبت بالخطاب أو أثر الخطاب كالوجوب والحرمة فإنّهما أثران للإيجاب والتّحريم بطريق إطلاق اسم المصدر على المفعول كالخلق على المخلوق (١) .

وامّا تقسيمه :

فهو ينقسم إلى قسمين : تكليفي ووضعي .

امّا التّكليفي : فهو خمسة أنواع عند جمهور الأصوليين :

الأوّل : مايطلب به الفعل طلبا جازما وهو الإيجاب كقوله تعالى : {وَٱعۡبُدُواْ ٱللَّهَ} (٢) .

واثر هذا الخطاب هو الوجوب والفعل المطلوب يسمّى واجبا .

---

(١) انظر : التوضيح لعبيد الله بن مسعود ١/١٣-١٥ ، شرح الاسنوى نهاية السول ١/٣٠-٣٣ .

(٢) سورة النساء : ٣٦

والثاني : مايطلب به الفعل طلبا غير جازم وهو الندب كقوله تعالى : {يَآأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ...} (١) وقد صرفه عن الايجاب الى الندب قوله تعالى فى الآية التى تليها : {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُ ...} (٢) .

واثر هذا الخطاب هو الندب ، والفعل المطلوب يسمى مندوبا .

والثالث : مايطلب به الترك طلبا جازما وهو التحريم . كقوله تعالى : {ولاتقربوا الزنى} (٣) ، وقوله سبحانه : {يَآأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ} (٤) .

واثر هذا الخطاب هو الحرمة ، والفعل الذى طلب تركه يسمى محرما وحراما .

والرابع : مايطلب به الترك طلبا غير جازم وهو الكراهة كنهيه صلّى اللّه عليه وسلّم النّساء عن اتباع الجنائز فقد أخرج البخاري ومسلم بسندهما إلى أمّ عطية رضي اللّه عنها قالت : نُهِينَا عَنِ اتِّبَاعِ الجَنَائِزِ وَلَمْ يُعزَمْ عَلَيْنَا (٥)

واثر هذا الخطاب هو الكراهة ، والفعل الذى طلب تركه يسمّى مكروها .

---

(١) سورة البقرة : ٢٨٢
(٢) سورة البقرة : ٢٨٣
(٣) سورة الاسراء : ٣٢
(٤) سورة النساء : ٢٩
(٥) انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الجنائز ، اتباع النساء الجنائز ٣/١٤٤
وصحيح مسلم بشرح النووي ، الجنائز ، نهي النساء عن اتباع الجنائز ٧/٢

والخامس : مايخيّر فيه الشّارع بين الفعل والتّرك . كقوله تعالى : {وَكُلُوا وَٱشْرَبُوا ... ...}(١) .

وأثر هذا الخطاب هو الإباحة أيضا ، والفعل المخيّر فيه يسمّى مباحا(٢) .

تلك أنواع خمسة وزاد الحنفيّة عليهم نوعين آخرين :

فعندهم : إن ثبت الطّلب الجازم بقطعي متنا ودلالة من كتاب أو سنة أو اجماع فالافتراض إن كان المطلوب غير كف ، والتحريم إن كان كفا .

وإن ثبت الطّلب الجازم بظنيّ الدّلالة من الكتاب ، أو بظنيّ الدّلالة أو الثبوت من السنّة أو الإجماع فالإيجاب في غير الكف ، وكراهة التّحريم في الكف(٣) .

فالأنواع عندهم سبعة هي :

الافتراض ، والإيجاب ، والنّدب ، والتّحريم ، والكراهة التّحريمية ، والكراهة التّنزيهية ، والإباحة .

وأمّا القسم الثّاني من أقسام الحكم الشّرعي : فهو الوضعي .

وهو الخطاب بجعل الشّيء سببا أو شرطا أو مانعا .

وذلك كجعل الدّلوك سببا للصّلاة ، والطّهارة شرطا لها ، والنّجاسة مانعا منها(٤) .

---

(١) سورة الأعراف : ٣١
(٢) انظر : أصول الفقه للخضرى ص ٣٠ ، أصول الفقه لبدران أبو العينين بدران ص ٣٥٨-٣٦٤ .
(٣) انظر : تيسير التحرير لامير باد شاه ١٣٥/٢ ، التوضيح ١٢٣/٢-١٢٦ .
(٤) انظر : التوضيح ١٤/١ ، أصول الفقه للخضرى ص ٥٤ .

صلة الحقّ بالحكم الشّرعى :

للحقّ صلة وثيقة بالحكم الشّرعى التّكليفى ذلك أنّ الحكم التّكليفى يتعلّق بأفعال الإنسان كما ظهر ذلك من تعريفه ، وهذه الأفعال بالنّظر إلى الإنسان الّذى ثبتت عليه تتنوّع إلى الأنواع الخمسة او السّبعة السّابقة ، وبالنّظر إلى من ثبتت له تسمّى حقّا سواء أكانت حقّا للّه تبارك وتعالى أم للإنسان أم للّه تعالى وللإنسان .

ومن هنا كانت صلة الحقّ بالحكم التّكليفى وثيقة ولاسيما مع الإيجاب والتّحريم فإن معنى الحقّ فيهما متأكد .

واضرب لذلك بعض الأمثلة لبعض الأفعال لتتضح من خلالها الصّلة بين الحقّ والحكم التّكليفى :

المثال الأوّل فيما هو واجب من الأفعال :

كالصّلاة والصّوم والحجّ وغيرها من العبادات فإنّها واجبة على المكلّف حقّ للّه تبارك وتعالى .

وَكَوَفَاءِ الدّين فإنّه واجب على المدين حقّ للدائن .

وكطاعة الوالدين فإنّها واجبة على الولد حقّ للّه تعالى وللوالدين .

والمثال الثّاني فيما هو مندوب إليه من الأفعال :

كمساعدة الفقراء وعيادة المرضى فإنّها مندوبة للمكلّف حقّ للّه تعالى وللفقير او المريض واجب على النّاس ألا يحولوا بينه وبينها .

والمثال الثّالث فيما هو محرّم من الأفعال :

كالقتل والسّرقة والزّنى وشرب الخمر فإنّها محرمة على المكلّف يجب عليه الامتناع عنها حقّا للّه تعالى .

وكإتلاف مال الغير فإنّه حرام على المكلّف يجب عليه الامتناع عنه حقّا لصاحب المال .

وكالنشوز على الزّوج فإنّه حرام على الزّوجة يجب عليها الامتناع عنه حقّا للّه تعالى وللزّوج .

والمثال الرّابع فيما هو مكروه من الأفعال :

كالامتناع عن عيادة المرضى ومواساة المحتاج فإنّه مكروه للمكلّف حقّ للّه تعالى الّذى حكم بكراهته . واجب على الناس ألاّ يحولوا بينه وبين هذا الامتناع .

والمثال الخامس فيما هو مباح من الأفعال :

كالسّير في الطريق العام فإنّه مباح لكلّ إنسان وحقّ له وعلى النّاس الاّيمنعوه من ذلك الحقّ (١) .

وأمّا الحكم الوضعى : فإنّ علاقته بالحقّ هي نفس علاقته بالحكم التّكليفى فإنّه قد يكون سببا في نشأة الحقّ أو شرطا له أو مانعا منه وذلك خارج عن موضوع الرّسالة .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٤٨، ٤٩ .

الفصل الثاني

شادية كعكي

تقسيمات الحقوق

وفيه ثلاثة مباحث

الأول: تقسيم الحقوق باعتبار صاحبها

والثاني: تقسيم الحقوق باعتبار محلها

والثالث: تقسيم الحقوق باعتبار مراتبها

الفصل الثانى

تقسيمات الحقوق

تنقسم الحقوق باعتبارات مختلفة أهمها ثلاثة وهو ماتتضمنه المباحث الآتية :

المبحث الأول

تقسيم الحقوق باعتبار صاحبها

تنقسم الحقوق باعتبار صاحبها الى ثلاثة أقسام :

حقوق الله تبارك وتعالى ، وحقوق الانسان ، وما اجتمع فيه الحقان .

وسأبين هذه الأقسام فى المطالب الآتية :

المطلب الأوّل : حقّ اللّه تبارك وتعالى تعريفه وأقسامه ومميزاته

أمّا تعريفه :

* فقد عرّفه القرافي[(١)] رحمه اللّه بأنّه : (أمر اللّه ونهيه)[(٢)] .

وتعقّبه ابن الشّاط[(٣)] بقوله : (بل حقّ اللّه تعالى متعلّق أمره ونهيه وهو عبادته . قال الله تعالى : {وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ} ، وقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : "حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى ٱلْعِبَادِ أَن يَعْبُدُوهُ وَلَايُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً")[(٤)] .

---

(١) القرافي هو أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي الحمري شهاب الدين . فقيه أصولي من علماء المالكية في عصره . من مؤلفاته : الفروق ، والتنقيح في أصول الفقه مقدمة للذخيرة ، والذخيرة ، والعقد المنظوم في الخصوص والعموم ، توفي سنة ٦٨٤هـ .
انظر : الديباج المذهب ٢٣٦/١ ، شجرة النور الزكية ص ١٨٨ .

(٢) انظر : الفروق ١٤٠/١ .

(٣) هو أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري السبتي ، والشاط لقب لجده عرف به لأنه كان طوالا . فرضي فقيه مالكي . من كتبه : أنوار البروق ، وتحفة الرائض في علم الفرائض كان مولده سنة ٦٤٣هـ ووفاته سنة ٧٢٣هـ .
انظر : شجرة النور الزكية ص ٢١٧ ، الأعلام ١٧٧/٥ .

(٤) ادرار الشروق على أنواء الفروق ١٤٠/١ .
والآية من سورة الذاريات : ٥٦
والحديث صحيح أخرجه البخاري ومسلم بسندهما الى معاذ ابن جبل رضي الله عنهما .
انظر : صحيح البخاري ، في الأدب ، باب ارداف الرجل ٦٨/٧ ، صحيح مسلم ، كتاب الايمان ، باب من لقي الله بالايمان وهو غير شاك فيه دخل الجنة ٤٣/١ .

وقد ذكر ذلك أيضا صاحب تهذيب الفروق[1] وعلل كون حقّ اللّه تعالى هو متعلّق أمره ونهيه : (بأنّ الحقّ معناه اللّازم على عباده واللّازم على العباد لابد أن يكون مكتسَبًا لهم وكيف يصح ان يتعلق الكسب بأمر اللّه تعالى ونهيه وهو كلامه ، وكلامه صفته القديمة)[2] .

* وعرّف علماء الأصول من الحنفيّة حقّ اللّه تعالى بأنه :

(مايتعلّق به النّفع العام من غير اختصاص بأحد)[3] .

وبيّنوا أنّه منسوب إلى اللّه تعالى لعظم خطره وشمول نفعه وإلاّ فباعتبار التّخليق الكلّ سواء فى الإضافة إلى اللّه تعالى وللّه مافي السّموات ومافي الارض ، وباعتبار التّضرر والنّفع هو متعال عن الكل سبحانه[4] .

* وقد عرف فضيلة الأستاذ الدكتور أبو سنة حقّ اللّه تعالى بتعريف جامع للمعنيين السّابقين وهو : (أنّه ماقصد به قصدا أوليا التّقرب إليه سبحانه وإقامة دينه ، أو قصد به حماية المجتمع بأن ترتّبت عليه مصلحة عامّة من غير اختصاص بأحد)[5] .

---

(١) هو محمد على بن حسين بن ابراهيم المالكى ـ المكى ـ فقيه نحوى مغربى الأصل ، ولد وتعلم بمكة وولى افتاء المالكية بها سنة ١٣٤٠هـ ودرس بالمسجد الحرام وقام برحلات كثيرة وتوفى بالطائف سنة ١٣٦٧هـ . له زهاء (٣٠) كتابا منها : تدريب الطلاب فى قواعد الاعراب ، وتهذيب الفروق .
انظر : الأعلام ٣٠٥/٦،٣٠٦ .

(٢) تهذيب الفروق ١٥٧/١ .

(٣) انظر : التقرير والتحبير ١٠٤/٢ ، تيسير التحرير ١٧٤/٢ ، التوضيح ١٥١/٢ ، كشف الأسرار ١٣٤/٤ .

(٤) انظر : كشف الأسرار ١٣٤/٤ ، التلويح كشف حقائق التنقيح ١٥١/٢ .

(٥) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥٦ .

فيدخل تحت الشّطر الأوّل من التّعريف : كلّ مايتقرّب به إلى اللّه تعالى ويقام به دينه ليتحقّق قوله تعالى : {وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ} (١) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (حَقُّ اللَّهِ عَلَى العِبَادِ أَن يَعْبُدُوهُ وَلَايُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً) (٢) .

فيدخل تحته الإيمان باللّه تعالى وبما يجب الإيمان به من الملائكة والكتب والرّسل والحشر والنّشر والثّواب والعقاب .

كما يدخل تحته العبادات الواجبة من صلاة وصيام وزكاة وحج وجهاد والّايكون الحلف إلاّ باللّه ، والنّذر له وحده دون غيره وذكر اسمه عند الذبح ، والأمر بالمعروف والنّهى عن المنكر ، والكفّ عن الابتداع فى الدّين وكلّ عمل مشروع قصد به المرء التّقرب إلى اللّه عزّ وجلّ .

ويدخل تحت الشّطر الثّانى من التّعريف : كلّ ماقصد به حماية المجتمع كالكفّ عن المحرمات مثل الرّبا والزّنا وشرب الخمر والقمار والغش فى المعاملات ، والتّزوج من النّساء المحرمات والنّظر إلى عورة الإنسان ، واكل الحيوان المحرّم .

ومن ذلك أيضا : إقامة الحدود كحدّ الزّنا وشرب الخمر والسّرقة وقطع الطّريق لأنّه يترتّب عليها مصلحة عامّة وهى استئصال الجرائم بالزّجر عن ارتكابها .

ومن ذلك أيضا : صيانة المرافق العامّة الّتى هي حقّ للّه تعالى كالمساجد والوقف على جهات البرّ وأموال النّذور .

---

(١) سورة الذاريات : ٥٦

(٢) سبق تخريجه ص ١٩ .

وقد جاء في التّعريف (قصدا أوليا) لأنّ العبادات والمحرمات لاريب أنّ فيها مصالح خاصّة عائدة على الإنسان كالانتهاء عن الفحشاء والمنكر في الصّلاة ، ونفع المحتاجين بالزّكاة ، ونفع الإنسان بالبعد عن المفاسد والمحرّمات (١) .

وأمّا أقسام حقّ اللّه تبارك وتعالى :

فقد عثرت على تقسيمين لحقوق اللّه تعالى هما : تقسيم الحنفيّة وتقسيم العزّ بن عبد السلام من الشّافعية (٢) .

وسأذكر هذين التقسيمين وأوازن بينهما ان شاء الله .

اولا : تقسيم الحنفية لحقوق اللّه تعالى .

قسم الحنفيّة حقوق اللّه تعالى إلى ثمانية أقسام :

الأوّل : العبادات المحضة .

كالإيمان والصّلاة والزّكاة والصّيام والحجّ والجهاد والاعتكاف ونحوها (٣) .

والثّاني : العبادة الّتي فيها معنى المؤنة (٤) وهي صدقة

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٥٦،٥٧ ، وانظر في ذلك : السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٣٢ .

(٢) هو أبومحمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الملقب بسلطان العلماء فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد ولد في دمشق سنة ٥٧٧هـ . من تلاميذه القرافي . ومن كتبه : التفسير الكبير والالمام في أدلة الأحكام وقواعد الشريعة وقواعد الأحكام ، والفوائد . توفي سنة ٦٦٠هـ .
انظر : طبقات الشافعية للحسيني الملقب بالمصنف مطبوعة مع طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٦٧ ، الأعلام ٢١/٤ ، كتاب الوفيات مع تحقيقه ص ٣٢٧ .

(٣) انظر : كشف الأسرار ١٣٤/٤ ، التقرير والتحبير ١٠٤/٢ أصول السرخسي ٢٨٩/٢ .

(٤) المؤنة معناها في اللغة الثقل وفيها لغات : مؤونة ، ومؤنة ، ومونة . انظر : المصباح المنير مادة (مون) . ومعناها هنا : مابه بقاء الشيء . كشف الأسرار ١٣٩/٤ .

الفطـر .

أمّا كونها عبادة : فلأنّ جهات العبادة فيها كثيرة مثل تسميتها صدقة ، وجعلها طهرة للصّائم عن اللّغو والرّفث ففي الحديث الذى أخرجه أبو داود ـ وغيره ـ بسنده إلى ابن عبّاس رضى اللّه عنهما قال : (فَرَضَ رَسُولُ ٱللَّهِ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَكَاةَ ٱلْفِطْرِ طُهْرَةً لِلصَّائِمِ مِنَ ٱللَّغْوِ وَٱلرَّفَثِ وَطُعْمَةً لِلْمَسَاكِينِ مَنْ أَدَّاهَا قَبْلَ ٱلصَّلَاةِ فَهِيَ زَكَاةٌ مَقْبُولَةٌ ، وَمَنْ أَدَّاهَا بَعْدَ ٱلصَّلَاةِ فَهِيَ صَدَقَةٌ مِنَ ٱلصَّدَقَاتِ) (١) .

ومن جهات العبادة فيها أيضا : اعتبار صفة الغنى فيمن تجب عليه كما فى الزّكاة ، واشتراط النّيّة فى أدائها حتى لاتتأدى بدون النّيّة بحال ، وتعليق وجوبها بالوقت ، وإيجاب صرفها إلى مصارف الصّدقات . كلّ هذا يدلّ على كونها عبادة .

وأمّا معنى المؤنة فيها : فلأنّها وجبت على المكلّف بسبب غيره كما وجبت مؤنته فقد أخرج البيهقي والدّارقطنى بسندهما إلى ابن عمر رضى اللّه عنهما قال : (أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِصَدَقَةِ ٱلْفِطْرِ عَنِ ٱلصَّغِيرِ وَٱلْكَبِيرِ وَٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدِ مِمَّنْ يَمُونُونَ) (٢) .

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه ، وابن ماجة ، والحاكم وصححه وقال : على شرط البخارى ، والدارقطنى وقال : ليس فى رواته رجل مجروح .
انظر : نصب الراية ٤١١/٣ .
وسنن أبى داود مع معالم السنن ، فى الزكاة ، باب زكاة الفطر ٢٦٢/٢ .
وسنن ابن ماجة ، فى الزكاة ، باب صدقة الفطر ٥٨٥/١ .
والمستدرك ، فى الزكاة ، زكاة الفطر طهرة للصيام ٤٠٩/١ .
وسنن الدارقطنى ، كتاب زكاة الفطر ١٣٨/٢ .

(٢) هذا الحديث أخرجه البيهقى وقال : (اسناده غير قوى) لكنه روى فى الباب أحاديث أخرى تقويه اذا انضمت اليه وأخرجه الدارقطنى وقال : (الصواب وقفه) .
انظر : سنن البيهقى ، الزكاة ، باب اخراج زكاة الفطر عن نفسه وغيره ١٦١/٤ .
وسنن الدارقطنى ، كتاب زكاة الفطر ١٤١/٢ .

فهي تجب على الإنسان بسبب غيره فإن الغنيّ يجب أن يخرج الصّدقة عن أولاده بسبب أنّهم أولاده ، والعبادة المحضة لاتجب على شخص بسبب غيره لذلك لم يشترط لها الأهليّة كما شرط للعبادات الخالصة لقصور معنى العبادة فهي عند أبي حنيفة وأبي يوسف[(١)] رحمهما اللّه تجب في مال الصّغير والمجنون لأنفسهما ولمن يمونون إلحاقا لها بنفقة ذى الرّحم المحرم فإنها تجب في مالهما إذا كانا غنيين .

وقال محمّد[(٢)] وزفر[(٣)] رحمهما الله : لاتجب في مالهما لسقوط الخطاب عنهما فإن كان الأب غنيا يجب عليه اداؤها ولو ادّاها من مالهما ضمن[(٤)]

الثّالث : المؤنة الّتي فيها معنى القربة كالعشر .

وهو عشر ماخرج من الأرض العشرية .

---

(١) هو يعقوب بن ابراهيم بن حنيف الأنصارى الكوفى أكبر تلاميذ أبي حنيفة وأقدمهم وأفقههم وهو أول من تلقب بقاضي القضاة . نشر مذهب أبي حنيفة بعلمه ومن خلال منصبه ، ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ وتوفى ببغداد سنة ١٨٢هـ . من كتبه : الخراج ، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، والآثار .
انظر : مشايخ بلخ من الحنفية ٨٩٦/٢ ، وفيات الأعيان ٣٨٧/٦ ، سير أعلام النبلاء ٥٣٥/٨ ، الأعلام ١٩٣/٨ .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني صاحب أبي حنيفة ، ولد سنة ١٣١هـ في مدينة واسط من العراق ونشا في الكوفة ، وحضر دروس أبي حنيفة ثم لازم ابا يوسف بعده وسمع من مالك والشافعي كان متبحرا في الفقه والأصول . من مؤلفاته : الجامع الكبير والجامع الصغير والزيادات والآثار . توفى سنة ١٨٩هـ .
انظر : مشايخ بلخ من الحنفية ٨٩١/٢ ، وفيات الأعيان ١٨٤/٤ ، الأعلام ٨٠/٦ .

(٣) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى التميمي . من أصحاب أبي حنيفة وكان أبو حنيفة يبجله ويعظمه ويقول : هو أقيس أصحابي . اقام بالبصرة وولي قضاءها ومات فيها وكانت حياته من سنة ١١٠هـ الى سنة ١٥٨هـ .
انظر : وفيات الأعيان ٣١٧/٢ ، سير أعلام النبلاء ٣٨/٨ ، طبقات الفقهاء للشيرازى ص ١٤١ .

(٤) انظر : كشف الأسرار ١٣٩/٤ .

فهو مؤنة لأنّه سبب بقاء الأرض في أيدينا لأنّ اللّه تعالى حكم ببقاء الأرض إلى الوقت الموعود وهو ببقاء الأرض ومايخرج منها من القوت وغيره لمن عليها فوجبت النّفقة عليها وعمارتها كما وجب على الملاّك نفقة دوابّهم ، وبقاؤها إنما هو بجماعة المسلمين لأنّهم الحافظون لها : إمّا من حيث الدعاء وهو من الضّعفاء المحتاجين ، فإنّ بهم النّصر على الأعداء ، وإمّا من حيث الدّفع بالشّوكة عن الدّار وغوائل الكفّار وهو من المقاتلة .

فلذلك وجب في بعض الأرض العشر نفقة للأولين ، وفي بعضها الخراج نفقة للآخرين ، وجعلت النّفقة عليها تقديرا . ثمّ في الخراج معنى العقوبة - وسيأتي - وفي العشر معنى العبادة وهو : تعلّق العشر بالنّماء الحقيقي للأرض وهو الخارج منها كتعلّق الزّكاة به ، أو لأنّ مصرفه الفقير كمصرف الزّكاة وإذا كانت الأرض الأصل ، والنّماء وصفا لها كانت المؤنة غالبة فيها (١) .

هذا ماقاله الحنفيّة في تعليل كون العشر مؤنة فيها معنى العبادة ويمكن أن يقال هذا في سائر أصناف الزكاة لأن مصارفها المجاهدون والمحتاجون . نبه على ذلك فضيلة الدكتور أبو سنة في نظرياته (٢) .

<u>الرّابع</u> (٣) : المؤنة الّتي فيها معنى العقوبة وهي الخراج.

---

(١) انظر : التقرير والتحبير ١٠٦/٢، ١٠٧ ، تيسير التحرير ١٧٦/٢ ، كشف الأسرار ١٣٩/٤ .

(٢) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥٨ .

(٣) الخراج في اللغة : هو ماحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام ونحوه ، وفي الاصطلاح : هو مايأخذه السلطان من خارج الأرض أو جزء معين من النقد يضربه الامام على الأرض .
انظر : النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ١٦٤/١ ، فتح القدير لابن الهمام ٣١/٦ .

أمّا معنى المؤنة فيه : فلتعلّق بقاء الأرض لأهل الإسلام بالمقاتلة الّذين هم من مصارفه فهو يصرف لهم لبقاء الأرض للمسلمين .

وأمّا معنى العقوبة فيه : فللانقطاع بالزّراعة عن الجهاد لأنّه يتعلق بالأرض لصفة التّمكن من الزّراعة والاشتغال بها عمارة للدنيا وإعراضا عن الجهاد وهو سبب الذلّ شرعا ، فكان الخراج في الأرض صَغارا ، ففي صحيح البخاري أنّ أبا أمامة الباهلي (١) قال ورأى سكة وشيئاً من آلة الحرث فقال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : (لايَدْخُلُ هٰذا بَيْتَ قَوْمٍ إِلاّ أَدْخَلَهُ ٱلذّلّ) (٢) .

وقول الحنفيّة في تعليلهم لكون الخراج مؤنة : غير مسلّم لأنّ المعروف أنّ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه لما فتح أرض العراق وجدها عظيمة الغلات رأى أن يضع عليها الخراج أيّا كان مالكها لتكون خزانة ينفق منها على مصالح المسلمين كما نبّه على ذلك بعض العلماء (٣) .

ويكفينا في هذا المقام قول عمر رضي الله عنه : (لَوْلا آخِرُ المُسْلِمِينَ مَافَتَحْتُ قَرْيَةً إِلاّ قَسَمْتُهَا كَمَا قَسَم رَسُولُ اللّهِ

---

(١) هو صدى بن عجلان بن وهب ويقال ابن عمر أبو أمامة الباهلي الصحابي الجليل سكن الشام وروى أنه آخر من مات من الصحابة بالشام توفي سنة ٨٦هـ أو ٨١هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٣٦٨/٤ ، سير أعلام النبلاء ٣٥٩/٣

(٢) انظر : تيسير التحرير ١٧٧/٢، ١٧٨ ، التقرير والتحبير ١٠٨/٢ ، التوضيح ١٥٢/٢ .
والحديث في صحيح البخاري ، بعد كتاب الوكالة ، ماجاء في الحرث والمزارعة ، باب مايحذر من عواقب الاشتغال بآلة الزرع أو مجاوزة الحد الذي أمر به ٦٦/٣ .

(٣) ومنهم : الأستاذ الدكتور أبو سنة في نظرياته ص ٥٨ ، والدكتور بدران أبو العينين بدران في أصول الفقه ص ٤١٨ ، والشيخ الخضري في أصول الفقه ص ٢٨، ٢٩ .

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْبَر)(١) .

والحديث الذى استدلّوا به إنّما هو ذمّ لمن تفرّغ للزّراعة ولم يجاهد فى سبيل اللّه ولم يفكر فى الجهاد البتة كما قال صلّى اللّه عليه وسلّم فى الحديث الّذى اخرجه مسلم - وغيره - بسنده إلى أبى هريرة رضى اللّه عنه قال :قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ مَاتَ وَلَمْ يَغْزُ وَلَمْ يُحَدِّثْ بِهِ نَفْسَهُ مَاتَ عَلَى شُعْبَةٍ مِنْ نِفَاقٍ)(٢) .

الخامس : الحقّ القائم بنفسه .

ومعناه : الثّابت بذاته الذى لم يتعلّق بالذّمم بسبب مقصود وضع له يجب باعتباره أداؤه على المكلّف كالعبادة والعقوبة والمؤنة بل ثبت بحكم أنّ اللّه مالك الأشياء كلها .

وهذا الحقّ هو : خمس الغنائم وهي الأموال المأخوذة من الكفّار قهرا .

وهو حقّ ثبت للّه تعالى بحكم ألوهيّته لاحقّ لأحد فيه بناء

---

(١) هذا الاثر رواه البخارى فى صحيحه والامام احمد فى مسنده وأبو عبيد فى الأموال .
انظر : صحيح البخارى ، ماجاء فى الحرث والمزارعة ، باب أوقاف أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأرض الخراج ٧٠/٣ .
ومسند الامام أحمد ، مسند عمر بن الخطاب رضى الله عنه ٤٠/١ .
والأموال لأبى عبيد ، فى كتاب فتوح الأرض وسننها وأحكامها ص ٧١ .

(٢) هذا الحديث أخرجه مسلم واللفظ له وأخرجه أحمد وأبو داود والنسائى .
انظر : صحيح مسلم ، فى الجهاد ، ذم من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو ٤٩/٦ .
مسند الامام أحمد ، مسند أبى هريرة رضى الله عنه ٣٧٤/٢ .
سنن أبى داود مع معالم السنن ، فى الجهاد ، كراهية ترك الغزو ٢٢/٣ .
سنن النسائى ، فى الجهاد ، التشديد فى ترك الجهاد ٨/٦ .

على أنّ الجهاد حقّه لأنّه إعزاز لدينه وإعلاء لكلمته فصار المأخوذ بالجهاد كلّه للّه عزّ وجلّ كما أخبر عن ذلك بقوله : {قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ}(١) ، والعبد يعمل لمولاه لايستحقّ عليه شيئا إلاّ أنّه سبحانه جعل أربعة أخماس الغنيمة للغانمين امتنانا منه سبحانه من غير أن يستوجبوها بالجهاد ، واستبقى الخمس حقّا له وأمر بصرفه إلى من سمّاهم فى كتابه العزيز يتولّى الإمام هذا الصّرف لأنّه نائب عن الشّرع فى إقامة الحدود .

ومن الحقّ القائم بنفسه : خمس الرّكاز .

والمراد بالرّكاز عند الحنفيّة المركوز أعمّ من أن يكون راكزه الخالق أو المخلوق فيعمّ المعدن والكنز الجاهلي(٢) .

السّادس : العقوبات الكاملة أو المحضة .

وهي الّتى لايشوبها معنى آخر غير العقوبة وهي الحدود كحدّ الزّنا والسّرقة وشرب الخمر ... وغيرها من الحدود فإنّها شرعت لصيانة الأنساب والأموال والعقول ، وموجبها : جنايات لايشوبها معنى الإباحة فيقتضى أن يكون لكل منها عقوبة كاملة زاجرة عن ارتكابها حقّا للّه تعالى على الخلوص ، ففى الصحيحين عن النّعمان بن بشير(٣) عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه

---

(١) سورة الأنفال : ١

(٢) انظر : التقرير والتحبير ١٠٨/٢ ، كشف الأسرار ١٤٢/٤ ، تيسير التحرير ١٧٨/٢ .

(٣) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصارى الخزرجي أبو عبد الله المدنى . له ولأبويه صحبة وأمه عمرة بنت رواحة . ولد على رأس أربعة عشر شهرا من الهجرة وهو أول مولود ولد فى الأنصار بعد قدوم النبى صلى الله عليه وسلم ، وسمع من النبى صلى الله عليه وسلم وعد من الصحابة المبيان باتفاق . قتل فى الشام سنة ٦٤ أو ٦٥هـ .
انظر :تهذيب التهذيب ٤٠٠/١٠ ، سير أعلام النبلاء ٤١١/٣

وسلّم انّه قال : (أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى أَلا وَإِنَّ حِمَى اللّه مَحَارِمُه)[١] .

السابع : العقوبة القاصرة .

وهي حرمان القاتل إرث المقتول لقتله عمدا أو غيره على مافصّله الفقهاء .

فهي حقّ للّه لأنّ مايجب لغيره تعالى بالتّعدى عليه يكون فيه نفع له ، والغير هنا : المقتول وليس فى الحرمان نفع للمقتول فتعيّن كونه للّه تعالى زاجرا عن ارتكاب مثل هذا العمل ومجرّد المنع من الإرث قاصر فى معنى العقوبة لأنّ المنع ليس اعتداء على بدنه ولانقصاناً فى ماله بل هو مجرّد منع لثبوت ملكه فى التّركة[٢] .

الثّامن : الحقوق الّتي تجتمع فيها العبادة والعقوبة .

كالكفّارات لليمين ، والقتل ، والظّهار ، والفطر العمد فى نهار رمضان ، وقتل الصّيد للمحرم وصيد الحرم .

أمّا أنّ فيها معنى العبادة : فلأنّها تؤدّى بما هو عبادة محضة من عتق أو صدقة أو صيام ، ويشترط فيها النية ، ويؤمر من هى عليه بالاداء بنفسه بطريق الفتوى ، ولايستوفى منه جبرا ، والشأن فى العقوبات انّ الشّرع لم يفوّض إلى المكلّف إقامة شىء منها على نفسه بل هي مفوضة إلى الائمة وتستوفى جبرا .

---

(١) انظر : التقرير والتحبير ١٠٦/٢ ، تيسير التحرير ١٧٩/٢ .
والحديث فى : صحيح البخارى ، كتاب الايمان ، فضل من استبرأ لدينه ١٩/١ .
صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب اخذ الحلال وترك الشبهات ٥١/٥ .

(٢) انظر : تيسير التحرير ١٧٩/٢ ، التقرير والتحبير ١٠٩/٢ .

وأمّا أنّ فيها معنى العقوبة : فلأنّها لم تجب إلاّ أجزية على أفعال من العباد لامبتداة ولهذا سميت كفّارات لأنّها ستّارة للذنوب .

هذا والغالب فيها هو جهة العبادة بدليل وجوبها على أصحاب الأعذار مثل المخطىء والنّاسي والمكره والمحرم المضطر إلى قتل الصّيد لمخمصة ، ولو كانت جهة العقوبة فيها غالبة لامتنع وجوبها بسبب العذر لأنّ المعذور لايستحقّ العقوبة ، وكذا لو كانت مساوية لأنّ جهة العبادة إن لم تمنع الوجوب على هؤلاء المعذورين فجهة العقوبة تمنع ذلك والأصل عدم الوجوب فلايثبت بالشك (١) .

واستثنى الحنفيّة من ذلك : كفّارة الفطر العمد في نهار رمضان فإنّ جهة العقوبة فيها غالبة عندهم .

وجاء توضيح ذلك في كشف الأسرار : (بأنّ الكفّارة في نفسها عبادة محضة .. وهي بأثرها صالحة للزجر فإن من دعته نفسه إلى الافطار ثم تأمّل الكفّارة العظيمة لذلك فلاشكّ أنّه ينزجر أشدّ الانزجار ، والصّوم إذا فات لايمكن استدراكه ودعوة الطبيعة إلى الجناية عليه بالإفطار امر لايخفى على أحد فيحتاج في صيانته إلى الزاجر فشرعت الكفّارة زاجرة عن الإفطار ماحية للجريمة) (٢) .

والدّليل على رجحان جانب الزجر فيها على معنى العبادة انّها تسقط في كلّ موضع تحقّقت فيه شبهة إباحة كالحدود (٣) .

هذا وقد جاء في التّوضيح : أنّ كفارة الظهار مثل كفّارة

---

(١) انظر : المراجع السابقة .
(٢) كشف الأسرار ١٥١/٤ باختصار .
(٣) نفس المرجع السابق .

الفطر في أن جهة العقوبة فيها غالبة لأنّ الظّهار منكر من القول وزور ، ولأنّ النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (من أفطر في رمضان متعمّدا فعليه ماعلى المظاهر)(١) ، فلمّا كانت جهة العقوبة في كفّارة الفطر غالبة لزم أن تكون كذلك في كفارة الظّهار كما يقتضيه التّشبيه .

ولكن صاحب التّلويح(٢) ردّ ذلك بقوله : إن هذا فاسد نقلا وحكما واستدلالا .

أمّا الأول : فلأن السّلف قد صرّحوا بأنّ جهة العبادة في كفّارة الظّهار غالبة .

وأمّا الثّاني : فلأنّ من حكم ماتكون العقوبة فيه غالبة أن يسقط بالشّبهة ويتداخل ككفارة الصّوم حتّى لو أفطر في رمضان مراراً لم يلزمه إلاّ كفّارة واحدة وكذا رمضانين عند أكثر المشايخ ، ولاتداخل في كفّارة الظّهار حتى لو ظاهر من امرأته مرتين أو ثلاثا في مجلس واحد أو مجالس متفرقة لزمه بكل ظهار كفارة .

---

(١) الحديث بهذا اللفظ غير محفوظ كما قال ابن الهمام في فتح القدير ، والزيلعي في نصب الراية .
ولكني وجدت حديثا بمعناه أخرجه الدارقطني بسنده الى أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذي أفطر يوما من رمضان بكفارة الظهار ، وقد أخرجه موصولا ، ومرسلا ثم ذكر أن المحفوظ هو المرسل وأن فيه رجلا ليس بالقوى .
انظر : التوضيح مع شرح التلويح ١٥٣/٢،١٥٤ ، فتح القدير على الهداية ٣٣٨/٢ ، نصب الراية ٤٤٩/٢ .
سنن الدارقطني ، كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم ١٩٠/٢،١٩١ .

(٢) هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني سعد الدين . من أئمة العربية والبيان والمنطق ، ولد بتفتازان (من بلاد خراسان) سنة ٧١٢هـ ، وأقام بسرخس ، وأبعده تيمور لنك الى سمرقند فتوفي فيها سنة ٧٩٣هـ . من كتبه : تهذيب المنطق ، مقاصد الطالبين ، التلويح كشف حقائق التنقيح .
انظر : الأعلام ٢١٩/٧ .

وأمّا الثّالث : فلأنّ كون الظّهار منكرا من القول وزورا إنّما يصلح جهة لكونه جناية على ماهو مقتضى إيجاب الكفّارة على أنّه فى الأصل للطّلاق ، ويحتمل التّشبيه للكرامة ولهذا يدخل قصور فى الجناية فيصلح لإيجاب الحقوق الدّائرة ولولا ذلك لكان جزاؤه عقوبة محضة (١) .

ثانيا : تقسيم العزّ بن عبد السلام لحقوق الله تبارك وتعالى .

قسم العزّ بن عبد السّلام رحمه اللّه حقوق اللّه تبارك وتعالى إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : ماهو خالص للّه تعالى كالمعارف - وهى العبادات الّتى يعرف اللّه بها - ، والإيمان بما يجب الإيمان به كالإيمان بإرسال الرّسل وإنزال الكتب ، وبما تضمنته الشّرائع من الأحكام - بالنّظر إلى أصحاب كلّ شريعة - وبالحشر والنّشر والثّواب والعقاب .

والثّاني : مايتركّب من حقوق اللّه تعالى وحقوق عباده كالزّكاة والصّدقات والكفّارات والأموال المندوبات والضحايا والهدايا والأوقاف .

فهذه قربة إلى اللّه منوجه ، ونفع لعباده من وجه ، والغرض الأظهر : نفع عباده وإصلاحهم بما وجب من ذلك أو ندب إليه فإنّه قربة لباذليه ورفق لآخذيه .

والثّالث : مايتركّب من حقوق اللّه تعالى وحقوق رسوله صلّى اللّه عليه وسلّم وحقوق المكلّف والعباد او مايشتمل على

---

(١) انظر : التلويح كشف حقائق التنقيح ١٥٣/٢ .

الحقوق الثّلاثة .

ومن أمثلة ذلك : الأذان ففيه الحقوق الثّلاثة :

أمّا حقّ اللّه تعالى : فالتّكبيرات والشّهادة بالوحدانية

وأمّا حقّ رسوله صلّى اللّه عليه وسلّم : فالشّهادة له بالرّسالة .

وأمّا حقّ العباد : فبالإرشاد إلى تعريف دخول الأوقات في حقّ النّساء والمنفردين والدّعاء إلى الجماعات في حقّ المقتدي .(١)

موازنة بين تقسيم الحنفيّة وتقسيم العزّ بن عبد السّلام لحقوق اللّه تعالى :

وبالموازنة بين ماقاله الحنفيّة وماقاله العزّ بن عبد السّلام نجد :

* أنّ من حقوق اللّه تعالى ماهو خالص له وهذا متفق عليه .

* وأمّا القسم الثّاني الّذي ذكره العزّ بن عبد السّلام وهو مايتركب من حقّ اللّه تعالى وحقوق عباده وأنّ الغرض الأظهر نفع عباده فقد نبّه عليه الحنفيّة في تعريفهم لحقّ اللّه تعالى وتقسيمهم لحقوق اللّه تعالى يستوعبه وإن كانوا قد عدوه حقّا خالصا للّه عزّ وجلّ ، واعتبره العزّ بن عبد السّلام حقّا مشتركا .

ومنشأ الخلاف بينهم في ذلك : هو اختلافهم في المراد بحقّ العبد أو الإنسان إذ أنّ حقّ العبد هو ماينتفع به ويملك المطالبة به لاماينتفع به مطلقا فإنه بلاشك ينتفع بجميع

(١) انظر : قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٩/١ .
والعز سبق التعريف به .

الحقوق فمن حقّه مثلا القصاص لأنّ له حقّ المطالبة به بخلاف الزّكاة والكفّارات ونحوها ممّا ذكره العزّ بن عبد السّلام فإن الفقير لايطالببها فاعتبارها حقّا خالصا للّه تعالى أولى من كونها حقّا مشتركا .

* وأمّا القسم الثّالث الّذى ذكره العزّ بن عبد السّلام فقد تفرّد به ولكنّى لاأراه خارجا عن القسم الأوّل لأنّ ماثبت للرّسول وللمكلّف هو ثابت للّه عزّ وجلّ .

هذا ونظرة العزّ بن عبد السّلام نظرة مجملة تحتاج إلى التّفصيل الّذى صنعه الحنفيّة فقد تتبّعوا حقوق اللّه تبارك وتعالى تتبّعا رائعا وكان تقسيمهم للحقّ دقيقا .

وهذا الّذى دعا فضيلة الدّكتور أحمد أبو سنة إلى الإشادة به ـ وهو يستحقّ بلا شك ـ بقوله : (إنّ هذا تفصيل جيد يدلّ على عمق وفقاهة) (١) .

ولكنّه أخذ عليهم أنّهم حصرواحقوق اللّه تعالى فى هذه الأقسام الثّمانية وهو حصر ممنوع كما يقول لأنّ من حقّ اللّه تعالى الكفّ عن المحرّمات وتعظيم أماكن العبادة وصيانة الدّماء والأعراض والأموال بتعزير من أخل بها مع تصريحهم فى كتبهم أن هذا من حقوق اللّه تبارك وتعالى (٢) .

ثم إنّ فضيلته أورد إجابة يمكن بها دفع ذلك وهى : (أن الحقوق المعترض بها قصد حماية المجتمع فيها أظهر وأضيفت إلى اللّه تعالى حملا للنّاس على احترامها بإشعارهم أنّهم خلفاؤه فى المحافظة عليها والدّفاع عنها) (٣) .

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٠ .
(٢) انظر : نفس المرجع السابق .
وانظر تصريح الحنفية بذلك فى : كشف الأسرار ١٣٥/٤ ، تيسير التحرير ١٧٤/٢ .
(٣) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٠ .

وإن كنت أرى أنّ تلك الحقوق الّتي ذكرها لاتخرج عن تقسيمهم : فالكفّ عن المحرّمات حقّ خالص للّه تعالى داخل تحت القسم الأوّل وهو العبادة ، وتعظيم أماكن العبادة كذلك ، أمّا صيانة الدّماء والأعراض والأموال بالتعزير فتدخل تحت العقوبات المحضة . واللّه أعلم .

وامّا مميزات حقّ اللّه تبارك وتعالى فهي :

الأوّل : انّه لايسقط بالإسقاط ، ولايرجع لاختيار المكلف ، ولامدخل للصّلح فيه (١) .

والدلائل على ذلك كثيرة منها :

* ماأخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى عائشة رضي اللّه عنها أنّ النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم قال لأسامة بن زيد (٢) لمّا شفع في المرأة الّتي سرقت وأراد النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم قطع يدها : (أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ ٱللَّهِ ، ثُمَّ قَامَ فَاخْتَطَبَ فَقَالَ : أَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّمَا هَلَكَ ٱلَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ ٱلشَّرِيفُ تَرَكُوهُ وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ ٱلضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ ٱلْحَدَّ ، وَايْمُ ٱللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ

---

(١) انظر : الموافقات للشاطبي ٢٧٧/٢ ، الفروق للقرافي ١٩٥/١ ، اعلام الموقعين لابن القيم ١٠٨/١ .

(٢) هو أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي أبو محمد الحب بن الحب مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وامه أم أيمن حاضنة النبي صلى الله عليه وسلم . استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على جيش فيه أبو بكر وعمر فلم ينفذ حتى توفى النبي صلى الله عليه وسلم فبعثه أبو بكر الى الشام . سكن المزة ـ بالكسر والتشديد قرية بدمشق ـ مدة ثم انتقل الى المدينة فمات بها سنة ٥٤هـ وهو ابن ٧٥ سنة وقيل غير ذلك .
انظر : تهذيب التهذيب ١٨٢/١ .

لَقَطَعْتُ يَدَهَا) (١) .

* وما أخرجه احمد وأبو داود ـ وغيرهما ـ بسندهما إلى ابن عُمَرَ رضي اللّهُ عنهما قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عليه وسلّمَ : (... مَنْ حَالَتْ شَفَاعَتُهُ دُونَ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللّهِ فَقَدْ ضَادَّ اللّهَ ...) (٢) .

* وما أخرجه أبو داود ـ وغيره ـ بسنده إلى عبد اللّه ابن عمرو بن العاص أنّ رسولَ اللّه صلّى اللّه عليه وسلم قال : (تَعَافَوُا الحُدُودَ فِيمَا بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَغَنِي مِنْ حَدٍّ فَقَدْ وَجَبَ) (٣) .

* وممّا يدلّ على عدم سقوط حقّ اللّه تعالى بالإسقاط : الاستقراء التّام في موارد الشّريعة ومصادرها ومافيها من العبادات والعادات والجنايات التي ثبت فيها حقٌّ له تعالى

---

(١) هذا الحديث صحيح أخرجه الشيخان واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الأنبياء ، باب ذكر أسامة ابن زيد ، باب حدثنا أبو اليمان ٢١٣/٤ ، وفي كتاب الحدود ، باب اقامة الحدود على الشريف والوضيع ١٦/٨.
وفي صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، باب قطع السارق الشريف وغيره ، والنهي عن الشفاعة في الحدود ١١٤/٥ .

(٢) هذا الحديث أخرجه ابو داود وسكت عليه ، وأخرجه أحمد والبيهقي والحاكم بزيادة (فقد ضاد الله في أمره) وفي لفظ عند البيهقي (فقد ضاد الله في حكمه) .
انظر : مسند الامام أحمد ، مسند ابن عمر رضي الله عنهما ٨٢،٧٠/٢ .
سنن ابي داود مع معالم السنن ، كتاب الأقضية ، باب فيمن يعلم على خصومه من غير ان يعلم أمرهما ٢٣/٤ .
سنن البيهقي ، كتاب الأشربة والحد فيها ، ماجاء في الشفاعة بالحدود ٣٣٢/٨ .
المستدرك مع التلخيص ، في الحدود ، من حالت شفاعته دون حد ٣٨٣/٤

(٣) هذا الحديث أخرجه أبوداود وسكت عليه ، والنسائي ، والحاكم وصححه وأقره الذهبي .
انظر : نيل الأوطار ٣١١/٧ .
سنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب الحدود ، العفو عن الحدود مالم تبلغ السلطان ٥٤٠/٤ .
سنن النسائي ، كتاب قطع السارق ، مايكون حرزا ومالايكون ٧٠/٨ .
المستدرك مع التلخيص ، كتاب الحدود ، تعافوا الحدود بينكم ٣٨٣/٤ .

لايحق لأحد إسقاطه البتة . فمن طمع ان يسقط صلاة من الصلوات المفروضة ، أو زكاة أو صوما أو غير ذلك : لم يكن له ذلك ويظل مطالبا به حتى يؤديه .

ومن حاول إباحة ماحرم الشارع كاستحلال مأكول حي من غير ذكاة أو استحلال زواج محرم ، أو بيع فاسد ، أو اسقاط حد الزنا أو الخمر أو الحرابة ... : لم يصح شيء من ذلك .

وهذا ظاهر جدا من مجموع الشريعة (١) .

هذا ويستثنى مما سبق التعزير على ترك حق لله تعالى كتأخير الصلاة والأكل في نهار رمضان فإن للإمام العفو إذا رأى المصلحة في عدم التعزير لأن أصل عقوبته مفوضة إليه فكذا العفو ، كما تجوز الشفاعة فيه أيضا (٢) .

والدليل على ذلك :

* قوله تعالى : {مَن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُن لَّهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا} (٣) على أحد التأويلين في الآية (٤) .

* وماأخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا جاءه السائل أو طلبت إليه حاجة قال : (اشْفَعُوا تُؤجَرُوا وَيَقْضِي اللَّهُ عَلَىٰ لِسَانِ نَبِيِّهِ مَاشَاءَ) (٥) .

---

(١) انظر : الموافقات ٢٧٧/٢ ، اعلام الموقعين ١٠٨/١ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٢٥/١٥ .

(٢) انظر : ف : رد المحتار ١٧٣/٣ .
م : الفروق ١٧٧/٤ ، الفواكه الدواني ٢٩٦/٢ ، مواهب الجليل ٣٢٠/٦ .
ش : مغني المحتاج ١٩١/٤ ، شرح الجلال مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٠٦/٤ .
ل : كشاف القناع ١٢٤/٦ .

(٣) سورة النساء : ٨٥

(٤) انظر : مواهب الجليل ٣٢٠/٦ ، تفسير الخازن ٣٨٣/١ .

(٥) هذا الحديث صحيح واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الزكاة باب التحريض على الصدقة والشفاعة بها ٢٩٩/٣ ، وأيضا في كتاب الأدب ، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا ٤٤٩/١٠ . =

فعموم الآية والحديث يدلّ على جواز الشّفاعة للمذنبين فيما لاحدّ فيه عند الإمام وغيره وله قبول الشّفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك كما له العفو عنه ابتداء .

وهذا فيمن كانت منه الهفوة أو كان من أهل الستر والعفاف لما أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي بسندهم إلى عائشة رضي اللّه عنها قالت : قال رسولُ اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (أَقِيلُوا ذَوِي الهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ إِلَّا ٱلحُدُودَ) (١) .

وأمّا المصرّون على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلايشفع فيهم ليزجروا عن ذلك (٢) .

والمميّز الثّاني لحقّ اللّه تعالى : أنّ للنّاس جميعا ولاسيما أولياء أمر المسلمين المطالبة به والدّفاع عنه .

ومن هنا كانت الحسبة في الإسلام وهي الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر ، وكان لكل واحد أن يقدم من أخلّ بشيء من الحقوق العامّة للقضاء وأن يشهد عليه وإن لم تطلب منه

= وصحيح مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب استحباب الشفاعة فيما ليس بحرام ٣٧/٨ .
وسنن النسائي ، كتاب الزكاة ، الشفاعة في الصدقة ٧٨/٥

(١) هذا الحديث أخرجه أحمد ، وأبو داود وسكت عليه ، والبيهقي ، ورواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي بلفظ (أقيلوا ذوى الهيئات زلاتهم) ، والشافعي بما يقرب من هذا اللفظ ، وقد ذكر ابن حجر في تلخيصه طرقه وبين ضعفها ، وهي وان كانت ضعيفة يعضد بعضها بعضا .
انظر : تلخيص الحبير ٨٠/٤ ، نيل الأوطار ٣١١/٧ .
مسند الامام أحمد ، مسند السيدة عائشة رضي الله عنها ١٨١/٦ .
سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب الحدود ، باب في الحد يشفع فيه ٣٨/١٢ .
سنن البيهقي ، كتاب الأشربة والحد فيها ، باب الامام يعفو عن ذوى الهيئات زلاتهم مالم تكن حدا ٣٣٤/٨ .
الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، كتاب العلم ، ذكر الأمر باقالة زلات أهل العلم والدين ١٥٣/١ .
مسند الامام الشافعي ، من كتاب الجنائز والحدود ص ٣٦٣

(٢) انظر : مواهب الجليل ٣٢٠/٦ ، فتح الباري ٤٥١/١٠ كلاهما نقلا عن القاضي عياض .

الشهادة صيانة لهذه الحقوق .(١)

ولذلك شهد الجارود(٢) وابو هريرة(٣) على قدامة بن مظعون(٤) بشرب الخمر . وكان قد شربها متاولا لقوله تعالى : ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوا وَآمَنُوا﴾(٥) فاخبره عمر بانه اخطا التاويل واقام عليه الحد .(٦)

وشهد ابو بكرة(٧) واصحابه(٨) على المغيرة بن شعبة(٩) .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٥٧ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢١٠ ، السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٣٢ .

(٢) هو سيد عبد القيس صحابى جليل وكان صهر أبى هريرة وقتل بأرض فارس سنة ٢١هـ فى خلافة عمر رضى الله عنهم اجمعين وقيل غير ذلك .
انظر : الاصابة فى تمييز الصحابة ٢٢٥/١،٢٢٦ .

(٣) صحابى جليل مشهور .

(٤) هو قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب الجمحى وهو أحد السابقين الأولين هاجر الهجرتين وشهد بدرا وهو خال عبد الله بن عمر وحفصة رضى الله عنهم . توفى سنة ٣٦هـ فى خلافة على رضى الله عنه .
انظر : الاصابة ٣٣٢/٥ ، صحيح البخارى ، كتاب المغازى فى غزوة بدر ، باب حدثنا خليفة ١٨/٥ .

(٥) سورة المائدة : ٩٣

(٦) انظر : المغنى لابن قدامة ٢١٥/٩ .
وهذا الاثر اخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ، والبيهقى .
انظر : مصنف عبد الرزاق ، كتاب الأشربة ، باب من حد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ٢٤٠/٩ .
سنن البيهقى ، كتاب الأشربة ، من وجد منه ريح شراب او لقى سكران ٣١٥/٨ .

(٧) هو نفيع بن الحارث بن كلدة الثقفى مولى النبى صلى الله عليه وسلم وهو أخو زياد بن سمية لأمه وانما قيل له ابا بكرة لأنه تدلى فى حصار الطائف ببكرة وفر الى النبى صلى الله عليه وسلم واسلم على يده واعلمه بانه عبد فاعتقه . توفى سنة ٥٠هـ وقيل غير ذلك .
انظر : تهذيب التهذيب ٤١٨/١٠ ، سير أعلام النبلاء ٥/٣ .

(٨) وهم نافع بن الحارث ، وشبل بن معبد ، وزياد .

(٩) وهو المغيرة بن شعبة بن أبى عامر أبو عيسى ويقال أبو محمد الثقفى صحابى جليل شهد الحديبية ومابعدها وكان يقال له مغيرة الرأى وشهد اليمامة وفتوح الشام والقادسية ، ولاه عمر البصرة فلما شهد عليه عند عمر =

....

= عزلـه ثم ولاه الكوفة واقره عثمان عليها ثم عزله ، ثم اعتزل الفتنة ثم حضر الحكمين ولاه معاوية الكوفة .
توفى سنة ٥٠هـ وروى غير ذلك .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٣٥/١٠ ، الاصابة ١٣١/٦ .
وقصة تلك الشهادة : أن ابا بكرة وأصحابه شهدوا على المغيرة بالزنى فشهدوا جميعا الا زيادا فلم يشهد بمثل شهادتهم فجلدوا الحد .
وهذا الأثر رواه عبد الرزاق والحاكم والبيهقى وعلق البخارى طرفا منه جاء فى تلخيص الحبير : (أفاد الواقدى أن ذلك كان سنة سبع عشرة وكان المغيرة يومئذ اميرا على البصرة فعزله عمر وولى أبا موسى وأفاد البلاذرى أن المرأة التى رمى بها أم جميل بنت محجن بن الأفقم الهلالية ، وقيل : ان المغيرة كان تزوج بها سرا وكان عمر لايجيز زواج السر ، ويوجب الحد على فاعله فلهذا سكت المغيرة) قال ابن حجر : (وهذا لم أره منقولا باسناد وان صح كان عذرا لهذا الصحابى) .
انظر : تلخيص الحبير ٦٣/٤ .
صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، فى الشهادات ، شهادة القاذف ٢٥٥/٥ .
مصنف عبد الرزاق ، فى الشهادات ، شهادة القاذف ٣٦٢/٨
المستدرك ، كتاب معرفة الصحابة ، مناقب المغيرة بن شعبة ٤٤٨/٣ .
سنن البيهقى ، فى الشهادات ، شهادة القاذف ١٥٢/١٠ .

المطلب الثانى : حقّ الإنسان ـ تعريفه وأقسامه ومميزات كلّ قسم

تعريفه :

عرّفه علماء الأصول من الحنفيّة رحمهم الله تعالى بأنّه : (مايتعلّق به مصلحة خاصة) كحرمة مال الغير (١) .

وعرّفه القرافى رحمه اللّه بما هو أوسع من ذلك فقال : (حقّ العبد مصالحه) (٢) .

وفسر ابن الشاط رحمه اللّه ذلك بقوله : (إن اراد حقّه على اللّه تعالى فإنما ذلك ملزوم عبادته وهو أن يدخله الجنة ويخلصه من النار (٣) ، وإن اراد حقّه على الجملة اى الأمر الذى يستقيم به فى أولاه وأخراه : فمصالحه) (٤) .

أقسامه :

ينقسم حقّ الإنسان إلى قسمين :

أحدهما : حقّ الإنسان على الخصوص وهو ماثبت للإنسان على

---

(١) انظر : كشف الأسرار ١٣٥/٤ ، تيسير التحرير ١٧٤/٢ ، التقرير والتحبير ١٠٤/٢ .
(٢) انظر : الفروق للقرافى ١٤٠/١ ، والقرافى سبق التعريف به .
(٣) انه يشير بذلك الى ماجاء فى الحديث الذى أخرجه البخارى ومسلم بسندهما الى معاذ بن جبل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (يامعاذ هل تدرى ماحق الله على العباد ، قال : قلت الله ورسوله أعلم قال فان حق الله على العباد أن يعبدوه ولايشركوا به شيئا ، .. ثم قال : .. هل تدرى ماحق العباد على الله اذا فعلوا ذلك قال : قلت الله ورسوله أعلم قال : أن لايعذبهم) .
انظر تخريجه فيما سبق ص ١٩ .
(٤) انظر : ادرار الشروق على أنواء الفروق ١٤٠/١ .

غيره من العباد من الذّمم والمظالم وغيرها[1] .

وميزة هذا القسم : أنّه يقبل من الصّلح والاسقاط والمعاوضة عليه مالايقبله حقّ اللّه عزّ وجلّ[2] ، وإلاّ فما من حقّ للإنسان إلاّ وللّه فيه حقّ وهو جهة التّعبّد وقد نبّه على ذلك القرافى[3] والشّاطبى[4] وغيرهما من العلماء رحمهم الله .

والدّلائل على أنّ حقّ الإنسان يقبل الإسقاط والصلح والمعاوضة كثيرة منها :

* قوله تعالى : {وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ}[5] .

وهو يدلّ على جواز إسقاط الحقّ المتعيّن للإنسان عن طريق التّصدق بالدَّين الذى على المعسر[6] .

* ومنها قوله تعالى : {وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ}[7] .

وهو يدلّ على أنّه يجوز للمرأة ان تصالح زوجها إذا

---

(١) انظر : تيسير التحرير ١٨٠/٢ ،التقرير والتحبير ١٠٤/٢ كشف الأسرار ١٣٥/٤ ، تهذيب الفروق ١٥٧/١ .
(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٦،٣١٧ ، الفروق ١٤١/١ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٣٢/٣١ ، اعلام الموقعين ١٠٨/١ .
(٣) انظر : الفروق ١٤١/١ ، وقد سبق التعريف بالقرافى .
(٤) انظر : الموافقات ٣٣٣/٢ .
والشاطبى : هو أبو اسحاق ابراهيم بن موسى الغرناطى الشهير بالشاطبى من أكابر علماء المالكية كانت له قدم راسخة فى الفقه والأصول والتفسير والحديث . من مؤلفاته : الموافقات ، الاعتصام وعنوان الاتفاق فى علم الاشتقاق . توفى سنة ٧٩٠هـ .
انظر : شجرة النور الزكية ص ٢٣١ .
(٥) سورة البقرة : ٢٨٠
(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٨٠/١ ، الموافقات ٢٧٧/٢
(٧) سورة النساء : ١٢٨ . وانظر : أسباب النزول للسيوطى بهامش تفسير الجلالين ص ٢٦٩ .

خافت منه ان يطلّقها بما تراضيا عليه من إسقاط نفقة او إسقاط قسمها وغير ذلك مما يدخل تحت عموم الآية (١) . فقد أخرج البخارى بسنده إلى عائشة رضي اللّه عنها انّ سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النّبى صلّى اللّه عليه وسلّم يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة) (٢) .

* ومنها : ماأخرجه البخارى ـ وغيره ـ بسنده إلى كعب ابن مالك (٣) انّه تقاضى ابن ابى حدرد الأسلمى (٤) ديناً كان له عليه فى عهد رسول اللّه صلّى الله عليه وسلم فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم وهو فى بيت فخرج رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم إليهما حتّى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال : ياكعب ، فقال : لبيك يارسول اللّه ، فاشار بيده أن ضع الشّطر ، فقال كعب : قد فعلت يارسول اللّه ، فقال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم : قم

---

(١) انظر : نيل الأوطار ٣٧٥/٦ .

(٢) صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، فى النكاح ، باب المراة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ٣١٢/٩ .
وانظر فى ذلك : اعلام الموقعين ١٠٨/١ ، سنن البيهقى ٢٩٦/٧ .

(٣) هو كعب بن مالك بن أبى كعب بن القين أبو عبد الله الانصارى السلمى صحابى جليل وهو الشاعر المشهور شهد العقبة وبايع بها وتخلف عن بدر وشهد أحدا ومابعدها وتخلف فى تبوك وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم ولم تعلم سنة وفاته غير أنه روى أنه رثا عثمان رضى الله عنهم .
انظر : الإصابة فى تمييز الصحابة ٣٠٨/٥ .

(٤) هو عبد الله بن أبى حدرد الأسلمى المدنى صحابى جليل توفى سنة ٧١هـ .
انظر : تقريب التهذيب ٥٠٠/٢ .

فاقضه) .[١]

والمراد بهذا الأمر الواقع منه صلّى اللّه عليه وسلّم الإرشاد إلى الصلح والشّفاعة فى ترك بعض الدّين الّذى هو حقّ خالص للإنسان .[٢]

والقسم الثّانى من أقسام حقّ الإنسان : حقّ الإنسان العام وهو كلّ ماترتّبت عليه مصلحة عامّة للمجتمع من غير اختصاص باحد .[٣] كالمرافق العامّة من المياه والاضاءة ودور التّعليم والصّحّة والقضاء ووسائل النّقل والطّرق العامّة وحقّ الانتفاع بالمباحات كالاصطياد وإحياء الموات .

ومعنى عمومها : ـ وهو ممّا يتميّز به هذا القسم ـ أنّ الانتفاع يثبت شركة بين الجميع وصيانتها والدفاع عنها فرض على الجميع وولي الأمر وكيل عن العامّة فى ذلك ، ونفقتها من بيت المال ، فإن ضاق فعلى القادرين من السكان .

ومما يميّز هذا القسم ايضا : انّه ليس لولي الأمر إسقاطه ولاالعفو عن المعتدى إلاّ إذا رأى فى العفو مصلحة عامّة .

---

(١) انظر : صحيح البخارى ، كتاب الصلح ، الصلح بالدين والعين ١٧٢/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، استحباب الوضع من الدين ٣٠/٥ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب القضاء ، باب فى الصلح ٥١٦/٩، ٥١٧ .
سنن النسائى ، كتاب آداب القضاة ، حكم الحاكم فى داره ٢٣٩/٨ .

(٢) انظر : فتح البارى ٣١١/٥ ، عون المعبود ٥١٦/٩ ، اعلام الموقعين ١٠٧/١ .

(٣) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٦٢، ٦٣ .
وانظر فى ذلك : الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢١٢ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٨٩ .

وبالتأمّل في هذا القسم وفي حقّ اللّه تعالى يتبيّن أنّ الوصف بالعموم يطلق بالاشتراك على حقّ اللّه تعالى وحقّ الإنسان العام[(١)] .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٦٣ .

المطلب الثّالث : ما اجتمع فيه حقّ اللّه تعالى وحقّ الإنسان ـ تعريفه وأنواعه

ويسمّى هذا الحقّ بالحقّ المشترك[(١)] .

وهو : ماكان المقصود بشرعيّته مصلحة المجتمع والمكلف معا .

فإن كانت مصلحة المجتمع أظهر : فحقّ اللّه يكون غالبا وإن كانت مصلحة الفرد أو الأفراد المعينين أظهر من مصلحة المجتمع : فحقّ الإنسان يكون غالبا[(٢)] .

وجاء في التّحرير وشروحه : أنّه لم يوجد الاستقراء متساويين مما اجتمع فيه الحقّان حقّ اللّه وحقّ الإنسان والحقّان فيه سواء[(٣)] .

ويتنوّع هذا القسم إلى نوعين :

الأوّل : ما اجتمع فيه الحقّان وحقّ اللّه تعالى هو الغالب .

والأمثلة على ذلك كثيرة :

منها : صيانة حياة الإنسان وعقله وبدنه عن الإفساد وصيانة حريّته عن الامتهان ، وماله عن الإتلاف أو التّضييع في غرض غير مشروع .

فإنّ في ذلك كلّه حقّا للّه تعالى وهو المحافظة على هذه النّعم التي تكون بها عمارة الدّنيا وبناء الحياة ، كما أنّ

---

(١) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٣ .

(٢) انظر : أصول الفقه ، د. بدران أبو العينين بدران ص ٤١٦ .

(٣) انظر : تيسير التحرير ١٧٥/٢ ، التقرير والتحبير ١٠٤/٢ .

فيها حقّا للإنسان وهي مصالحه الخاصّة في حياته وعقله .. وحقّ الله في ذلك كلّه هو الغالب فلايحقّ للإنسان التّصرف في ذلك أو إسقاطه (١) .

ومن الأدلّة على ذلك :

* قوله تعالى : {وَلَاتُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ} (٢) .

* وقوله سبحانه : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَاتَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً . وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَاناً وَظُلْماً فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَاراً وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيراً} (٣) .

* ومااخرجه أبو داود ـ وغيره ـ بسنده إلى عمرو بن العاص (٤) رضى الله عنه قال : (احْتَلَمْتُ فِي لَيْلَةٍ بَارِدَةٍ فِي غَزْوَةِ ذَاتِ السَّلَاسِلِ (٥) ، فَأَشْفَقْتُ أَنْ أَغْتَسِلَ فَأَهْلِكَ فَتَيَمَّمْتُ ثُمَّ صَلَّيْتُ بِأَصْحَابِي الصُّبْحَ فَذَكَرُوا ذَلِكَ لِرَسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : يَا عَمْرُو صَلَّيْتَ بِأَصْحَابِكَ وَأَنْتَ جُنُبٌ ؟ فَأَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٦٣ .
وانظر في ذلك : الفروق ١٤١/١ ، تهذيب الفروق ١٥٧/١ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٢٥/١٥ .

(٢) سورة البقرة : ١٩٥

(٣) سورة النساء : ٢٩، ٣٠ . وانظر : تفسير أبي السعود ١٧٠/٢ .

(٤) هو : عمرو بن العاص بن وائل أبو عبد الله ويقال أبو محمد السهمي ، صحابي جليل وهو أحد دهاة العرب أسلم سنة ثمان قبل الفتح ، استعمله النبي صلى الله عليه وسلم على عمان ، وكان أحد أمراء الأجناد في فتوح الشام وافتتح مصر في عهد عمر وعمل عليها له ولعثمان ثم عمل عليها زمن معاوية الى أن مات عمرو سنة ٤٣هـ وروى غير ذلك .
انظر : تهذيب التهذيب ٤٩/٨ .

(٥) السلاسل جمع سلسلة ماء بأرض جذام سميت به غزوة ذات السلاسل وهي وراء وادي القرى بينها وبين المدينة عشرة أيام وكانت هذه الغزوة في جمادى الأولى سنة ثمان من الهجرة .
انظر : عون المعبود ٥٣٠/١ .

مَنعني مِنَ الاغْتِسَالِ وَقُلْتُ : إِنِّى سَمِعْتُ اللّهَ يَقولُ : {وَلاتَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً} (١) فَضَحِكَ رَسولُ اللّهِ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَمْ يَقُلْ شَيْئاً) (٢) .

ومن أمثلة ما اجتمع فيه حقّ اللّه وحقّ الإنسان وحقّ اللّه هو الغالب : عدّة المطلّقة والمتوفّى عنها زوجها .

فإنّ فيها حقّا للّه تعالى وهو امتثال أمره وطلب مرضاته وتعظيم عقد الزّواج وإظهار شرفه ، كما انّ فيها حقّا للإنسان وهو صيانة نسب أولاده لكن حقّ اللّه فيها غالب لأنّ صيانة الأنساب فيها حماية للمجتمع ولهذا لاتسقط العدة بإسقاط الزّوج (٣) .

ومنها : حدّ القذف عند الحنفية .

فإنّ فيه حقّا للّه تعالى وهو الزّجر عن القذف وتطهير المجتمع عن هذه الجريمة ، كما أنّ فيه حقّا للإنسان وهو صيانة عرضه فإنّ الشّارع يحرص عليه ويتولاه ولذلك يجرى فيه التّداخل حتّى لو قذف جماعة بكلمة أو بكلمات متفرقة لايقام عليه إلاّ حدّ واحد – عندهم – ولايجرى فيه الإرث ولايسقط

---

(١) سورة النساء : ٢٩

(٢) هذا الحديث أخرجه ابو داود فى سننه موصولا وذكر أن من رجاله عبد الرحمن بن جبير مصرى مولى خارجة بن حذافة وليس هو ابن جبير بن نفير .
كما أخرجه الحاكم وصححه ، وأخرجه البخارى تعليقا .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الطهارة ، باب اذا خاف الجنب البرد أيتيمم ١/٥٣٠ .
المستدرك ، كتاب الطهارة ، عدم الغسل للجنابة فى شدة البرد ١/١٧٧ .
صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب التيمم ، باب اذا خاف الجنب على نفسه المرض أو الموت أوخاف العطش تيمم ١/٤٥٤ .

(٣) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٦٤ ، اعلام الموقعين ٢/٧٥،٨٧ ، كشف الأسرار ٤/١٦١ ، تيسير التحرير ٢/١٨١ .

بعفو المقذوف .(١)

وسيتضح ذلك أكثر في باب العقوبات من هذه الرّسالة إن شاء اللّه .

<u>والنّوع الثّاني</u> : ما اجتمع فيه الحقّان وحقّ الإنسان غالب والأمثلة على ذلك كثيرة :

منها : القصاص .

فإنّ فيه حقّا للّه تعالى لأنّه جناية على النّفس الّتي للّه فيها حقّ الاستعباد ، ولأنّ فيه نفعاً عامّاً وذلك بسلامة أرواح النّاس والمحافظة على حياتهم ، ولأنّه يجب جزاء على الفعل لاضمانا للمحلّ ولو كان ضمانا للمحلّ لما قتل الجماعة بالواحد .

وهذا كلّه من أمارات حقّ اللّه تعالى .

كما أنّ فيه حقّا للإنسان الّذي له حقّ الاستمتاع بالبقاء والغالب فيه هو حقّ الإنسان بدليل أنّ اللّه تعالى جعل إلى ولي المقتول المطالبة به واستيفاءه والعفو عنه .(٢)

ومنها : حدّ القذف عند الجمهور من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة .

فإنّ فيه حقّا للّه تعالى كما بيّنه الحنفيّة ، وحقّا للإنسان لأنّه جناية على عرضه ، والغالب فيه حقّ الإنسان عند

---

(١) انظر : كشف الأسرار ١٥٨/٤ ، التلويح ١٥٥/٢ ، أحكام القرآن للجصاص ٢٧٠/٣ .

(٢) انظر : كشف الأسرار ١٦١/٤ ، قواعد الأحكام للعز ١٤٧/١ مجموع فتاوى ابن تيمية ١٧١/٣٤ .

الجمهور ولذلك يورث حد القذف عندهم ويسقط بالعفو إلّا أنّ المالكيّة اشترطوا أن يكون العفو قبل بلوغه الإمام لأنّه إذا بلغ الإمام يصبح حقّا للّه تعالى ولايجوز لصاحبه العفو عنه إلا أن يريد ستر نفسه (١).

---

(١) انظر : م : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٣١/٤ ، الشرح الصغير ٤٦٧/٤ .
ش : أسنى المطالب ١٣٦/٤ ، المهذب ٢٧٥/٢ .
ل : كشاف القناع ١٠٥/٦ .

المبحث الثانى

تقسيم الحقوق باعتبار محلّها

تنقسم الحقوق باعتبار محلها إلى حقوق متعلّقة بالأعيان ، وحقوق متعلقة بالذّمم .

وسأبيّن ذلك فى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الحقّ المتعلّق بالعين تعريفه ومميزاته

وهو الحقّ الّذى تعلّق بذات شىء من الأشياء .

والمراد بالذّات ماهو أعمّ من الذّات الماديّة والمعنويّة (١) .

وهذا الحقّ منه ماهو ثابت للّه تعالى كالزّكاة (٢) ، والنّذر المعيّن ، ومنه ماهو ثابت للإنسان وأبرز أنواعه هى :

الأوّل : حقّ الملك .

وهو الاختصاص بالمال الّذى يمكن الإنسان من التّصرف فيه (٣) .

وهذا الملك قد يثبت فى العين والمنفعة وهو الغالب ويندرج تحته عامّة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع وهبة وإرث .. وغير ذلك .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٦٨ بتصرف .

(٢) وهذا على القول القائل بتعلق الزكاة بعين المال ويأتى الكلام عنه فى الباب التالى ـ فصل الحقوق المتعلقة بالزكاة .

(٣) انظر : رد المحتار ٣/٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٦ .

وقد يثبت هذا الحقّ فى المنفعة دون العين كالإجارة فإنّها تثبت ملك المستاجر للمنافع مدّة الإجارة .

وقد يثبت هذا الحقّ فى العين دون المنفعة كالوصيّة برقبة شيء لإنسان وبمنافعه لآخر فإنّ الموصى له بالرقبة يثبت له حقّ ملك العين دون المنفعة (١) .

والثّاني : حقّ التّملك .

وهو حقّ الإنسان في أن يدخل فى ملكه شيئا بسبب من أسباب الملك - غير الإرث فإنّه سبب قهرى - .

وذلك كحقّ الإنسان فى أن يشتري وفى أن يستولي على المباح (٢) .

والثّالث : حقّ الانتفاع .

وهو حقّ الإنسان فى أن يباشر منفعة شيء بنفسه ولايملكها لغيره .

كحقّ الإنسان فى مواضع النّسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك وكحقّ الجار فى وضع خشبة على جدار جاره إذا لم يضر به (٣)

والرّابع : حقّ الاختصاص .

وهو حقّ الإنسان فى الاقتصار على غير المال والانتفاع به ولايملك احد مزاحمته فيه ، وهو غير قابل للمعاوضات (٤) .

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٦ ، القواعد لابن رجب ص ١٨٨ .
(٢) انظر : المرجع السابق ص ١٨٨ .
(٣) انظر : الفروق للقرافى ١/١٨٧ ، القواعد لابن رجب ص ١٩١ .
(٤) انظر : المرجع السابق ص ١٩٢ بتصرف .

كحقّ الإنسان فى اقتناء الكلب المعلّم للصيد .(١)

وكحقّ الإنسان فى مرافق الأسواق المتسعة التى يجوز البيع والشّراء فيها .

وكحقّه فى الجلوس فى المساجد لعبادة أو مباح فيكون أحقّ بمجلسه إلى أن يقوم عنه .(٢)

ويظهر : أنّ حقّ الاختصاص وحقّ الانتفاع يتفقان فى عدم قبولهما المعاوضة ، ويمتاز حقّ الاختصاص بأنّه يتعلّق بالأعيان .

والخامس : حقّ الاستيثاق .

وهو حقّ الإنسان فى التّوثّق والتّثبّت لدَينٍ له على آخر .

كحقّ المرتهن فى الرّهن فإنّ أجزاء الرّهن محبوسة بأجزاء الدَّين حتّى يستوفى .(٣)

والسّادس : حقّ الاستيفاء .

وهو انحصار حقّ الإنسان فى ذات شىء من الأشياء ليقبضه منها .(٤)

كحقّ الغرماء فى مال المحجور عليه بالتّفليس .

وكحقّ أولياء الجناية فى العبد الجانى فإنّ لهم المطالبة بالاستيفاء منه .

---

(١) وهذا على قول المالكية والشافعية والحنابلة الذين لايجيزون تملك الكلب بل يجيزون الاختصاص به فقط .
واعتبره الحنفية مالايجوز بيعه وامتلاكه .
انظر : ف : مجمع الأنهر ١٠٧/٢ .
م : الشرح الصغير ٢٢/٣ .
ش : مغنى المحتاج ١١/٢ .
ل : كشاف القناع ١٥٤/٣ .

(٢) انظر : القواعد لابن رجب ص ١٩٢ .

(٣) انظر : نفس المرجع السابق ص ١٩٣ .

(٤) انظر : نفس المرجع السابق أيضا .

مميزات الحقّ المتعلّق بالعين :

يتميّز هذا الحقّ بمميزات أهمّها أمور :

الأوّل : أنّه يسقط بهلاك العين محلّ الحقّ وقت وجوب أدائه وقبل التّمكن منه إذا كان الحقّ للّه تعالى .

ومثال ذلك :

* الزّكاة فإنّها تسقط بهلاك المال وقت الوجوب .

* والحدود فإنها تسقط بهلاك من وجبت عليه .

ولكن إذا كانت العين الهالكة مالاً وهلكت بعد التّمكن من أداء الحقّ : انتقل الحقّ إلى الذّمّة عند بعض الفقهاء .

ومثال ذلك :

ماقاله الشّافعية والحنابلة فى الزّكاة إذا هلك المال بعد التّمكن من الأداء فإنّها تبقى دَينا فى الذمة (١) .

وماقاله المالكيّة والشّافعية والحنابلة فى الهدي المعين إذا هلك بتفريط من المهدي فإنّه يضمنه كسائر الأمانات (٢) .

هذا كلّه إذا هلكت العين محلّ الحقّ .

وامّا إذا استهلكت وكانت مالاً : فإنّ المستهلِك يؤاخذ على ذلك بمعنى انه يضمن العين المالية بمثلها إن كانت مثليّة وبقيمتها إن كانت قيمية .

---

(١) انظر : ش : مغنى المحتاج ٤١٨/١ ، روضة الطالبين ٣٨٠/٢ .
ل : المغنى ٦٨٢/٢ ، كشاف القناع ١٨٢/٢ .

(٢) انظر : م : الشرح الصغير وحاشية الصاوى ١٢٢/٢ .
ش : المهذب ٢٤٣/١ .
ل : الروض المربع ١٥٦/١ .

والثّاني : أنّ الحقّ المتعلّق بالعين إذا كان ناشئا عن عقد وهلك محل الحقّ : بطل العقد .

كما إذا هلك المبيع المعيّن فى عقد البيع قبل قبضه فإنّه يبطل العقد .(١)

وكما إذا هلكت العين المستاجرة : بطل عقد الإجارة .(٢)

والثّالث : أنّ الحقّ المتعلّق بالعين يثبت لصاحبه إذا كان مالكا للعين حقّ التتبّع لها .

ومثال ذلك : ما إذا باع الإنسان عينا من الأعيان تبيّن أنّها مستحقّة لآخر ثمّ باعها المشترى كان للمالك أن يطالب بها المشتري الثّانى ويرفع الدّعوى عليه لأنّ حقّ الملك يتبع العين فى أي يد كانت لتعلّقه بها .

ويأتى الكلام فى هذا الموضوع بإذن اللّه فى باب الحقوق المتعلّقة بالمال فى فصل الحقّ المتعلّق بالعين المملوكة بسبب الاستحقاق .

والرّابع :أنّ الحقّ المتعلّق بالعين يحتاج فى تمليكه إلى لفظ كالعفو والهبة والتّمليك ولايصحّ بلفظ الإبراء والإسقاط لأنّ الأعيان لاتقبل ذلك أصالة .(٣)

والخامس : أنّه إذا مات من كان عليه الحقّ العيني : بقي ذلك الحقّ فى تلك العين ببقائها كالأمانات والودائع والغصوب لأنّ المقصود من شرع هذا النّوع من الحقّ حصول ذلك الشّيء المعيّن لصاحبه .(٤)

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ٦٦/٢ ، كشاف القناع ١٦٣/٣ .
(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣٥٥/٢ ، كشاف القناع ٢٧/٤ .
(٣) انظر : مجموعة رسائل ابن عابدين ٩٤/٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٧١ ، المغنى لابن قدامة ٧٣٢/٦ ، كشاف القناع ١٤٥/٥
(٤) انظر : تيسير التحرير ٢٨١/٢ .

المطلب الثّاني : الحقّ المتعلّق بالذّمّة

وهو مايثبت فى ذمّة الإنسان من الحقوق .

وأحسن ماقيل فى تعريف الذّمّة أنّها : (وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وماعليه) (١) .

وعلى ذلك : فالذّمّة هي محل لوجوب الحقوق على الإنسان وهى لاتختلف بحسب نفس الوجوب إنّما تختلف فى وجوب الأداء بحسب قدرة الإنسان العقلية وعجزه ، أو بحسب قدرته الماليّة وكذلك تختلف فى حقّ القادرين على الأداء باختلاف طباعهم فمنهم من يؤدي الحقّ كاملا ، ومنهم من يماطل فيه مع القدرة ومنهم من يؤديه ناقصا (٢) .

هذا والحقّ الثّابت فى الذّمّة : إمّا أن يكون دينا ماليا أو غير مالى ، وإمّا أن يكون عملا كبناء دار وخياطة ثوب ، وإمّا أن يكون امتناعا عن عمل كتكليف الزوجة أن لاتدخل أحدا من الأجانب بيت الزوج إلاّ بإذنه (٣) .

مميزات الحقّ المتعلّق بالذّمّة :

أهمّ مايميّز هذا الحقّ :

انّه يبقى فى ذمّة الإنسان مادام حيّا فإذا مات الإنسان انتقل إلى ماله إذا توفرت فيه شروط الانتقال .

وإذا لم يكن له مال : صحّ ضمان ماعليه من الحقوق

---

(١) انظر : التوضيح على التنقيح ١٥٢/٣ ، رد المحتار ٢٨١/٥ ، درر الحكام ٢٢/١ .
(٢) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٧٢ .
(٣) انظر : نفس المرجع السابق .

المالية .

* وذلك عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبي يوسف ومحمد من الحنفية (١) .

واستدلوا على ذلك :

بما أخرجه البخاري ـ وغيره ـ بسنده الى سلمة بن الأكوع (٢) رضي الله عنه أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ فَقَالُوا : لا ، فَصَلَّى عَلَيه ، ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ ، قَالُوا : نَعَمْ ، قَالَ : صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ ، قَالَ أَبُو قَتَادَةَ (٣) : عَلَيَّ دَيْنُهُ يَارَسُولَ اللَّهِ فَصَلَّى عَلَيْهِ (٤) .

* وقال أبو حنيفة رحمه الله لاتصح كفالة الميت الذى لم يترك مالا :

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٥٩/٤ ، تيسير التحرير ٢٨١/٢ .
م : المنتقى ٨٤/٦ .
ش : روضة الطالبين ٢٤٠/٤ .
ل : كشاف القناع ٣٦٨/٣ ، المغني ٥٩٣/٤ .
ظ : المحلى ١١١/٨ .

(٢) هو سلمة بن عمرو بن الأكوع واسم الأكوع سنان بن عبد الله بن بشير الأسلمي أبو مسلم صحابي جليل كان شجاعا راميا . والراجح في وفاته أنها كانت سنة ٧٤هـ كما رجحه ابن حجر .
انظر : تهذيب التهذيب ١٣٣/٤ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٦/٣

(٣) هو أبو قتادة الأنصاري فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم والمشهور في اسمه أنه الحارث بن ربعي بن بلدمة السلمي المدني ، توفي بالكوفة سنة ٣٨هـ وعلي بها وصلى عليه . وروي أنه مات سنة ٥٤ هـ
انظر : تهذيب التهذيب ٢٢٤/١٢ .

(٤) انظر : صحيح البخاري ، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها ، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع ٥٧/٣ .
سنن النسائي ، كتاب الجنائز ، الصلاة على من عليه دين ٦٥/٤ .

لأنّ معنى الضّمان او الكفالة : ضمّ الذّمّة إلى الذّمّة في حقّ وجوب المطالبة ، والمطالبة ساقطة عن الأصيل وهو الميت فلايمكن إيجابها على الكفيل تبعا إذ لايضمّ الموجود إلى المعدوم .

وحمل الحديث على أنّه كان وعداً من أبي قتادة لاكفالة ، وأنّه حكاية حال لاعموم لها فلايمكن الاحتجاج به (١) .

ويجاب على ذلك :

بأنّ احتمال الوعد بعيد، وأنّ هذه الحادثة يصحّ أن تكون أصلاً يقاس عليه غيرها لاشتراكهما في العلّة (٢) . والله أعلم .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٥٩/٤ ، تيسير التحرير ٢٨٢/٢ .
(٢) انظر : تيسير التحرير ٢٨٢/٢ .

المبحث الثالث

تقسيم الحقوق باعتبار مراتبها

إذا اجتمعت الحقوق وتزاحمت : فإنّها تنقسم باعتبار مراتبها إلى حقوق متفاضلة ، وحقوق متكافئة .

وسأبيّن هذا التقسيم بإذن الله تعالى في المطلبين الآتيين :

المطلب الأوّل : الحقوق المتفاضلة

وهي الحقوق الّتي تفاوتت مراتبها عند اجتماعها بسبب من الأسباب .

وهذه الحقوق إمّا أن تكون حقوقاً مجتمعة على إنسان ، وإمّا أن تكون حقوقاً ثابتة لأكثر من إنسان في محلّ واحد .

* فأمّا الحقوق المجتمعة على الإنسان : فيجب عليه اداؤها شأنها شأن بقيّة الحقوق إلاّ إذا تعذّر عليه أداؤها جميعا فإنّ هناك خواصّ في بعضها تكون أسبابا لتقديمها عند التّزاحم وهي :

الأوّل : التّقديم بحسب المستحِقّ .

إذا تفاوتت الحقوق المجتمعة من حيث المستحِق بأن كان منها ماهو حقّ واجب لله تعالى أو الغالب فيه حقّه ، ومنها ماهو حقّ واجب للإنسان أو الغالب فيه حقّه : فقد اختلف الفقهاء في المقدّم من هذه الحقوق :

فمذهب الحنفية : تقديم حقّ الإنسان على حقّ اللّه تبارك وتعالى وهو قول للشّافعيّة (١) .

ومذهب الظاهريّة : تقديم حقّ اللّه تعالى على حقّ الإنسان وهو قول للشّافعيّة (٢) .

وأمّا المالكيّة والحنابلة : فليست لهم قاعدة مضطردة في ذلك فتارة يقدمون حقّ اللّه تعالى ، وتارة يقدمون حقّ الإنسان .

ويأتي بسط ذلك في مباحث الرّسالة إن شاء اللّه تعالى في فصل الحقوق المتعلّقة بالتّركة من باب الأموال ، وفي فصل اجتماع ماكان حقّا للّه تعالى وماكان الغالب فيه حقّ الآدمي من باب العقوبات وغيرها ...

والثّاني : التّقديم بحسب الحكم .

إن الحقوق ليست على وزان واحد في الطّلب وقد ظهر لنا ذلك في الفصل السّابق عند بيان صلة الحقّ بالحكم الشّرعي .

وعلى ذلك يكون التّقديم بحسب الحكم الشّرعي وذلك على النّحو الآتي :

أوّلا : التّقديم بحسب درجة الحكم .

فيقدّم فرض العين على فرض الكفاية وهكذا .

لأنّ فرض العين يطالب به الكلّ ولايسقط إلّا بأداء من طلب منه ، وفرض الكفاية يطالب به الكلّ ولكن يسقط بأداء البعض فكان فرض العين أقوى .

---

(١) انظر : ف : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩٢ ، رد المحتار ٢/١٤٤ ، المبسوط ١٣/٢٥ .
ش : مغني المحتاج ٤/١٨٥ ، المهذب ٢/٢٨٩ .

(٢) انظر : ظ : المحلى ٨/١٧٥ .
ش : المراجع السابقة لهم .

ومن امثلة ذلك : ما إذا تزاحم على الإنسان الحجّ والغزو فإنّه يقدّم الحجّ الواجب على ماكان فرض كفاية من الغزو .(١)

ويأتى ذلك فى باب الحقوق المتعلّقة بالعبادات،فصل الحقوق المتعلّقة بالحج .

وثانيا : التّقديم بحسب وقت الحكم .

فيقدّم ماهو واجب مضيّق على ماهو واجب موسّع .

لأنّ التّضييق يشعر بشدة اهتمام صاحب الشّرع بما جعله مضيّقا ، وماجوّز للإنسان تأخيره بعكس ذلك .(٢)

ومن أمثلة ذلك : تقديم الصّلاة الوقتيّة على الفائتة إذا كان وقت الحاضرة ضيّقا .

ويأتى الكلام فى ذلك إن شاء اللّه فى باب العبادات فصل الحقوق المتعلّقة بالصّلاة .

وثالثا : التّقديم بحسب فوريّة الحكم وتراخيه .

لأنّ الأمر بالتعجيل يقتضى الأرجحيّة على ماجعل للإنسان تأخيره .(٣)

ومثال ذلك : تقديم الزّواج عند خوف العنت على الحج الواجب لأنّ الزّواج واجب فورى بالاتفاق فى هذه الحال ، والحجّ واجب على التّراخى فى قول للفقهاء ، ويأتي بيان ذلك فى باب العبادات ، فصل الحقوق المتعلّقة بالحج .

والسبب الثّالث : التّقديم بحسب السّبق .

فيقدّم الحقّ السّابق على الحقّ المسبوق ومن أمثلة ذلك :

---

(١) انظر : الفروق ٢٠٣/٢ ، تهذيب الفروق ٢٠٠/٢ .
(٢) انظر المراجع السابقة نفسها .
(٣) انظر المراجع السابقة نفسها أيضا .

ماذكره الحنابلة فيما إذا أحرمت المرأة بحجّ الفرض ثمّ مات زوجها وخشيت فوات الحجّ فإنّه يلزمها المضي إلى الحجّ لأنّ الحجّ والعدّة عبادتان استوتا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما (١).

والرّابع : التّقديم بحسب محلّ الحقّ .

فإنّه إذا تزاحم حقّان أحدهما يتعلّق بالعين والثّاني يتعلّق بالذّمّة : قدّم ماتعلّق بالعين (٢).

ومن أمثلة ذلك : تقديم الحقوق العينيّة المتعلّقة بالتّركة على غيرها من الحقوق المتعلّقة بالذّمّة . وسيأتي بيان ذلك إن شاء اللّه في باب الأموال – فصل الحقوق المتعلّقة بالتّركة .

والخامس : التّقديم بحسب قوّة الحقّ .

كتقديم الدّيون الثّابتة على الإنسان في صحّته على الدّيون الّتي ثبتت عليه في مرض موته لأنّها أقوى منها .

وللموضوع زيادة بيان إن شاء اللّه في باب الحقوق المتعلّقة بالأموال – فصل اجتماع ديون الصّحّة وديون المرض .

هذا إذا كانت الحقوق المجتمعة على إنسان واحد .

* وأمّا إن كانت الحقوق المجتمعة ثابتة لأكثر من إنسان في محلّ واحد : فإنّ هناك أسبابا أيضا لتقديم بعضها على بعض :

الأوّل : التّقديم بحسب قوّة القرابة .

فإنّه إذا تزاحم الأقارب على الحقوق الّتي تثبتها

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٥٣٢/٧ ، كشاف القناع ٤٣٢/٥ .
(٢) انظر : بدائع الفوائد لابن القيم ٢٧/٤ .

القرابة مثل الولاية على الزّواج ، والحضانة ، والإرث : قدّم الأقرب فالأقرب ولهذه الموضوعات زيادة بيان كلّ فى بابه .

والثّاني : التقديم بحسب الميزات والصّفات .

فإنّه إذا تزاحم المستحقّون للحقّ واستووا فى الدّرجة : قدّم بحسب الميزات والصفات .

ومن امثلة ذلك :ما إذا تزاحم أكثر من واحد ممّن توفرت فيهم شروط الإمامة : كان التّقديم بينهم بحسب الميزات الّتى فيهم . ويأتى بيان ذلك فى باب العبادات ـ فصل الحقوق المتعلّقة بالصّلاة ـ مبحث حقّ الإمامة .

والثّالث : التّقديم بحسب السّبق (١) .

وذلك مشروع فى التّزاحم على المباحات فيقدّم السّابق إليها دون غيره .

وسيأتى بيان ذلك إن شاء اللّه فى باب الأموال ـ فصل الحقّ فى المباح .

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٤٠ .

المطلب الثّاني : الحقوق المتكافئة

وهى الحقوق المجتمعة الّتى تساوت مراتبها .

وحكم هذه الحقوق :

أنّه يجب على الإنسان أن يؤديها جميعا ، وإذا تعذّر عليه ذلك : تخيّر فى الأداء مالم يكن فى هذا التّخير إشارة للضغائن والأحقاد .

فإن كان : اقرع بين أصحاب الحقوق المتساوية (١) .

وفى هذا يقول العزّ بن عبد السلام يرحمه اللّه : (شرعت القرعة عند تساوى الحقوق دفعا للضغائن والأحقاد وللرّضا بما جرت به الأقدار وقضاه الملك الجبار) (٢) .

وقد جاء ذكر القرعة فى القرآن الكريم مرّتين :

إحداهما : فى قوله تعالى : {وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ} (٣) .

والثّانية فى قوله تعالى : {فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ} (٤) .

كما جاء ذكر القرعة فى عدّة احاديث نبويّة شريفة :

منها : ماأخرجه البخارى بسنده إلى عائشة رضي اللّه

---

(١) انظر كلام الفقهاء عن التقديم بالقرعة فى كتبهم ومنها
ف : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٢ .
م : الفروق ١١١/٤ ، شرح الزرقانى على خليل ٢٨/٢ .
ش : الأم ٩٩/٥ ، قواعد الأحكام للعز ٧٧/١ ، فتح البارى ٣١٠/٩ .
ل : القواعد لابن رجب ص ٣٤٨ ،بدائع الفوائد لابن القيم ٢٦٣/٣ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٧٨ .
نيل الأوطار ٣٧٦/٥ .

(٢) قواعد الأحكام ٧٧/١ . والعز بن عبد السلام سبق التعريف به .

(٣) سورة آل عمران : ٤٤

(٤) سورة الصافات : ١٤١

عنها أنّ النّبى صلّى اللّه عليه وسلّم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه (١) .

هذا ومن الأمثلـــة للحقوق المتكافئة :

* ما إذا كان على الإنسان صلاتان منذورتان أو صومان منذوران : فإنّه مخيّر فى البدء بما شاء منهما (٢) .

* وما إذا كان للإنسان أكثر من زوجة : فإنّه مخيّر فى البدء بالقسم بمن شاء ، ويستحب الإقراع تطييبا للنّفوس .

وهذا فى قول الحنفيّة والمالكيّة ، وهو قول للشّافعيّة (٣) .

وقال الحنابلة والشافعية في الصحيح عندهم : بل يجب الإقراع هنا لأنّ الزّوجات متساويات فى الحقّ ولايمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة إن لم يرضين بالبداءة بإحداهن (٤) .

وقال المالكيّة : لايكون الإقراع إلا اذا أراد الزّوج السفر فى قربة كحج أو غزو (٥) لأنّ الرّغبات تعظم فى العبادات .

---

(١) صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء اذا أراد السفر ٣١٠/٩ .
(٢) انظر : قواعد الأحكام للعز ١٤٤/١ .
(٣) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٨٠/٢ .
م : الشرح الصغير ٥١١/٢ ، شرح الزرقانى على خليل ٦٠/٤ .
ش : مغنى المحتاج ٢٥٥/٣ .
(٤) انظر : كشاف القناع ١٩٩/٥ ، المغنى ٢٧/٧ .
(٥) انظر : الشرح الصغير ٥١١/٢ .

الفصل الثالث

خادية كيكي

نشأة الحقوق وانقضاؤها

وفيه مبحثان

الأول: أسباب نشأة الحقوق

والثاني: أسباب انقضائها

الفصل الثالث

نشأة الحقّ وانقضاؤه

إنّ الأصل براءة الذّمّة من الحقوق .

وعليه :

فإنّه لايثبت على الإنسان حقّ من الحقوق مالم يوجد سبب منشىء له .

ومتى نشأ الحقّ بقي مستمرّا حتى ينقضي بسبب من أسباب الانقضاء .

وقد عقدت هذا الفصل لبيان أسباب نشأة الحقّ ، وأسباب انقضائه وسيكون ذلك فى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول

أسباب نشأة الحقّ

إنّ السّبب الأصلي لنشأة جميع الحقوق هو شرع اللّه تبارك وتعالى إلاّ انّ شرع اللّه قد يكون سببا مباشرا لنشأة الحقوق وقد يكون سببا غير مباشر .

والمقصود هنا هو بيان الأسباب المباشرة لنشأة الحقوق وأهمّ هذه الأسباب ستة:

الأوّل : أدلّة الشّرع (١) .

وهي مصادر الأحكام الشرعيّة الّتي حرص علماء الأصول على توضيحها وهي : الكتاب والسنّة والإجماع والقياس .

وهذه هي الأدلّة المتفق عليها .

وهناك أدلّة مختلف فيها أهمّها :

الاستصحاب ، والمصلحة المرسلة ، وسدّ الذّرائع ، والاستحسان ، وقول الصحابة ، وشرع من قبلنا ، وعمل أهل المدينة ، والعرف والعادة .

والسّبب الثّاني والثّالث : العقد والالتزام .

العقد هو : تعلّق كلام أحد العاقدين المتصرّفين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل (٢) .

ويسمّى الكلام الأوّل إيجابا ، والثّاني قبولا .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٧٨ .
(٢) شرح العناية على الهداية ٢٤٨/٦ .

وينطبق هذا التعريف على عقود كثيرة فى الفقه الإسلامى كعقد البيع والإجارة والزواج ... وغيرها .

وأمّا الالتزام : فهو التّصرف الّذى يترتّب عليه حكم بمجرد صدوره من الإنسان .

وقد يكون هذا الالتزام بالقول كما فى اليمين والنّذر والطّلاق والإقرار ، وفى تعريف المالكيّة والشافعيّة للنذر والجعالة مايؤيد هذا الإطلاق .(١)

وقد يكون الالتزام بالفعل كالإتلاف لأنّ المتلِف ملتزم بما أتلف .(٢)

هذا وقد أطلق بعض الفقهاء العقد على مايشمل المعنيين السّابقين . قال أبو بكر الجصاص(٣) رحمه الله : (... يسمّى البيع والنّكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأنّ كلّ

---

(١) فقد عرف المالكية النذر بأنه : (التزام مسلم مكلف قربه ...) .
انظر : أقرب المسالك الى مذهب مالك مع الشرح الصغير ٢٤٩/٢ .
وعرفه بعض الشافعية بأنه : (التزام قربة لم تتعين) .
انظر : مغنى المحتاج ٣٥٤/٤ .
واما الجعالة : فقد عرفها المالكية بانها : (التزام المتاهل للاجارة عوضا علم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام للعمل المطلوب) .
انظر : أقرب المسالك مع الشرح الصغير ٧٩/٤ .
وعرفها الشافعية بأنها : (التزام عوض معلوم على عمل معين أومجهول عسر علمه كقول الانسان الجائز التصرف من خاط ثوبى هذا قميصا فله كذا ومن رد دابتى الضالة فله كذا) .
انظر : مغنى المحتاج ٤٢٩/٢ .

(٢) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٧٩ .

(٣) هو أحمد بن على الرازى الحنفى الجصاص كان امام الحنفية فى عمره وله تصانيف منها : أحكام القرآن ، وكانت حياته من سنة ٣٠٥هـ الى سنة ٣٧٠هـ .
انظر : الطبقات السنية في تراجم الحنفية ٤١٢/١ ، الأعلام ١٧١/١ .
وترجمته فى أحكام القرآن منقولة عن كتاب الفوائد البهية للكنوى .

واحد من العاقدين قد الزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، وسمّى اليمين على المستقبل عقدا لأنّ الحالف قد الزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك ، وسمّى النّذر عقدا لأن النّاذر ملزم نفسه ماناذر ومؤكّد على نفسه أن يفعله أو يتركه .. وكذلك كلّ شرط شرطه إنسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد ...) (١) .

وعلى كل : يظهر أنّ العقد والالتزام سببان منشئان للحقوق فالعقد ينشىء حقّا على كلّ من العاقدين للآخر ، والالتزام ينشىء حقّا على الملتزم بالحقّ الّذى التزمه سواء أكان حقّا للّه تعالى كالنذر أم للإنسان كالجعالة .

وقد يكون هذا الحقّ واجبا على الملتزم كالنذر ، وقد يكون مندوبا كالوعد (٢) .

السّبب الرّابع : الإرث (٣) .

وهو خلافة الحيّ عن المتوفّى فيما تركه إذا كان مستحِقّا لذلك .

فإذا توفّي الإنسان عن تركة وله ورثة : حلّوا محلّه فى ملك ماكان له من الأموال ، ومن الحقوق - على خلاف بين الفقهاء فيما يورث من الحقوق - .

ولايخفى أنّ الإرث هو السّبب فى نشأة هذا الحقّ للورثة . ويأتى الكلام عن الميراث فى فصل الحقوق المتعلقة بالتركة من باب الحقوق المتعلقة بالأموال .

---

(١) أحكام القرآن ٢/٢٩٤-٢٩٥ باختصار .
(٢) انظر : مصادر الحق للسنهورى ص ٤٢ .
(٣) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٧ ، القواعد لابن رجب ص ١٩٥ ، المبدع ٥/٢٦١ .

السّبب الخامس : الفعل المشروع .

وهو ان يقوم الإنسان بفعل مشروع ينشيء له حقّا .

وهذا الفعل المشروع له عدة أُقسام :

احدها : الفعل الذي يترتّب عليه انشاء الملك فيما ليس بمملوك وذلك بالاستيلاء على المباح ويكون الاستيلاء في كل شيء بحسبه كاحياء الموات ، والاصطياد ، وحيازة المباحات من المعادن ، والأشجار ، والجواهر الّتي في البحار (١) .

وسيتضح ذلك بإذن اللّه في فصل الحقّ في المال المباح .

والقسم الثّاني : الفضالة (٢) الفعلية .

وهي أنواع :

الأوّل : ما إذا قام الإنسان الجائز التّصرف بعمل ضروري للغير بغير إذنه (٣) .

فإنّه يترتّب على ذلك نشوء حقّ للفضولي بالرّجوع على المنتفع بما تكلّفه مالم يكن متبرعا .

وفي الشّريعة الإسلاميّة مايدلّ على اعتبار هذه الفضالة ومن ذلك :

* قول اللّه تبارك وتعالى : {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} (٤) .

ففي هذه الآية أمر بإيتاء الأجر بمجرد الإرضاع من غير

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٧٩ ، قواعد الأحكام للعز ٢/٧٣ ، المبدع ٥/٢٦١ .

(٢) الفضالة مأخوذة من الفضولي وهو الذي يشتغل بما لايعنيه .
انظر : المصباح المنير مادة (فضل) .

(٣) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٧٩ .

(٤) سورة الطلاق : ٦

اشتراط عقد ولا إذن الاب في ذلك ومن المعلوم أنّ على الأب أن يسترضع لولده فمتى أرضعته الأم وطالبت بالأجر فلها ذلك (١) .

* وما أخرجه البخاري بسنده إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (ٱلظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَعَلَى ٱلَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ ٱلنَّفَقَةُ) (٢) .

وهو يدلّ على أنّ منفعة المرهون للمرتهن مقابل نفقته ، ومن المعلوم أنّ نفقة الحيوان على صاحبه وهو الرّاهن هنا فإذا أنفق المرتهن : يكون قد أدّى عملا ضروريا على الرّاهن فله أن يرجع ببدله ، ومنفعة الرّكوب والحلب تصلح أن تكون بدلا (٣) .

قال ابن القيم (٤) رحمه اللّه بعد أن ذكر ذلك : (فإن قيل ففي هذا أن من أدّى عن غيره واجباً فإنّه يرجع ببدله وهذا خلاف القياس فإنّه إلزام له بمالم يلتزمه ومعاوضة لم يرض بها .

قيل : وهذا أيضا محض القياس والعدل والمصلحة وموجب

---

(١) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٩/٣ ، اعلام الموقعين ٤٢/٢ ، كشاف القناع ٤٨٧/٥ ، الروض المربع ٣٢٦/٢ ، تفسير الخازن ٢٨١/٤ .

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب ١٤٣/٥ .

(٣) انظر : اعلام الموقعين ٤٢/٢ .

(٤) هو أبو عبد اللّه محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي ثم الدمشقي الفقيه الأصولي المفسر النحوي العارف شمس الدين بن قيم الجوزية تفقه في المذهب الحنبلي وبرع وأفتى ولازم الشيخ تقي الدين بن تيمية وأخذ عنه ، له تصانيف كثيرة منها : اعلام الموقعين ، زاد المعاد ، تهذيب سنن أبي داود ، الطرق الحكمية ، بدائع الفوائد . وقد كانت حياته من سنة ٦٩١هـ الى سنة ٧٥١هـ .
انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ٤٤٧/٤ ، الأعلام ٥٦/٦

الكتاب ومذهب أهل المدينة وفقهاء الحديث أهل بلدته وأهل سنته فلو أدّى عنه دينه وانفق على من تلزمه نفقته او افتداه من الأسر ولم ينو التّبرع فله الرّجوع) (١) .

وبهذا يظهر أنّ هذا النّوع من الفضالة مشروع بالكتاب والسنّة ، وفي فقه المالكيّة والحنابلة مايدلّ على الأخذ بذلك .

ومن أمثلة ذلك :

* ما إذا التقط الإنسان حيوانا وأنفق عليه ناويا الرّجوع على مالكه بما أنفق ثمّ جاء المالك فإنه يثبت للملتقط حقّ الرّجوع عليه بما أنفق .

وذلك عند المالكيّة والحنابلة على تفصيل لهم في ذلك (٢) .

وسيتضح ذلك اكثر في فصل الحقّ في دَين الثّمن والأجرة ونفقة اللّقطة في الباب الثّالث من هذه الرّسالة .

* ومنها : ما إذا اعتاد إنسان ردّ الضّوالّ فإنّه إذا اتى بشيء منها لصاحبه من غير أن يعاقده : ثبت له جعل مثله او أجر مثله سواء وقع من المالك قول بالجعالة بأن قال : من اتاني بضالّتي فله كذا ولم يسمعه هذا الّذي اتى به ، أم لم يقل المالك ذلك اصلا . وهذا عند المالكيّة (٣) .

ولم يوافقهم الحنابلة في ذلك بل قالوا : من ردّ لقطة او ضالّة أو عمل لغيره عملا بغير جعل ولاإذن : لم يستحق عوضا

---

(١) اعلام الموقعين ٤٢/٢ ، وانظر ذلك في : كشاف القناع ٣٧١/٣ .
(٢) انظر : م : المنتقى للباجي ١٤٣/٦ ، الفروق ١٨٩/٣ .
ل : كشاف القناع ٢١٤/٤ ، القواعد لابن رجب ص ١٣٨ .
(٣) انظر : الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٨٢/٤ في الجعالة .

لأنّه بدل منفعة من غير عوض فلم يستحقّه ولئلا يلزم الإنسان مالم يلتزمه إلا فى تخليص متاع غيره من هلكة فله أجرة المثل ترغيبا .(١)

* ومنها : ما إذا أنفق الإنسان على صغير وكان لهذا الصغير أب موسر أو مال علمه المنفق وتعسر الإنفاق منه على الصّغير لغيبته أو عدم تمكن الإنفاق من المال لكونه عرضا أو عقارا مثلا ، فإنّ لهذا المنفق الرّجوع بما أنفق على الأب ، أو على مال الصّغير إذا ظلّ باقيا إلى وقت الرّجوع ، وعلى المنفق أن يحلف أنّه أنفق ليرجع إلاّ إذا أشهد حال الإنفاق أنه يرجع بما أنفق فإنّه لايحلف .

وهذا قول المالكيّة(٢) رحمهم الله .

وفى كلام ابن تيميّة(٣) وابن القيّم رحمهما اللّه مايدلّ على أنّ الحنابلة يقولون برجوع المنفق بما أنفق على من تلزمه النّفقة .(٤)

والنّوع الثّاني من أنواع الفضالة الفعلية : ما إذا قام الإنسان الجائز التّصرف بعمل ضرورى لنفسه فيضطر من أجل تمامه أن يقوم بعمل نافع لغيره بغير إذنه مع تعذره لما

---

(١) انظر : كشاف القناع ٢٠٦/٤ ، الروض المربع ٢٣٤/٢ .

(٢) انظر : الشرح الصغير ٧٤٤/٢ ، وأيضا ٧٥٤/٢ ، الشرح الكبير ٥١٨/٢ .

(٣) هو أحمد بن عبد السلام بن عبد الله الحرانى ثم الدمشقي . الفقيه المجتهد المحدث الحافظ المعتبر الأصولى الزاهد تقى الدين أبو العباس شيخ الاسلام ، ولد فى حران سنة ٦٦١هـ وقد نبغ فى جميع العلوم ، وسجن مرتين ومات سجينا فى دمشق سنة ٧٢٨هـ .
انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ٣٨٧/٤ ، تذكرة الحفاظ ١٤٩٦/٤ ، الأعلام ١٤٤/١ .

(٤) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٩/٣٠ ، اعلام الموقعين ٤٢/٢ ، المغنى لابن قدامة ٦٣٤/٧ فى نفقة العبد .

بينهما من الارتباط الضروري .

فإنّه يثبت للفضولي هذا الرّجوع على المنتفع بما تكلّفه .

ومن أمثلـة ذلك :

* ما إذا أنفق احد الشّريكين على ماهو مشترك بينهما مما لايقبل القسمة مع امتناع الشّريك الآخر كأن يبني الجدار المشترك بينهما او ينفق على الحيوان المشترك بينهما .

فإنّ هذا العمل ضروري للفضولي ويلزم منه القيام بعمل نافع لغيره بغير إذنه ، ويثبت له الرّجوع على شريكه بما تكلّفه من النّفقة .

نصّ على ذلك الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة بل قال المالكيّة إن كان المشترك مما له غلّة فإنّ حقّ المنفق في هذه الغلّة فيستوفي منها ماتكلّفه ثم تقسم بين الشركاء .(١)

* ومنها : ما إذا أعار إنسان آخر مالا ليرهنه بدَين عليه ثم اراد ان يستردّ ماله المرهون فقضى الدين عنه : حيث يرجع به على المدين ولايعدّ متبرعا .

نص على ذلك الحنفية ، وهو رواية عند الحنابلة .(٢)

<u>النّوع الثالث</u> من انواع الفضالة الفعلية : ما إذا أدّى الإنسان مايظنّ أنّه واجب عليه ثم تتبين براءة ذمته منه .

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٩٤/٤ ، رد المحتار ٣٥٨/٤ وأيضا ٣٥٤/٣ .
م : الشرح الصغير ٤٨١/٣ .
ش : المهذب ٣٤٣/١ .
ل : شرح منتهى الارادات ٢٧١/٢ ، القواعد لابن رجب ص ١٤٢ .

(٢) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٩٤/٤ .
ل : المغني ٣٨٣/٤ .

كان يقضي دينا أو يقوم بعمل يظن أنّه مطالب به ثمّ يظهر فراغ ذمّته منه : فإنّه يرجع على المستفيد بما قضى أو بقيمة ما عمل .

السّبب السّادس من الأسباب المنشئة للحقّ : الفعل الضار .

وهو التّعدى على حقّ الغير سواء أكان ذلك بالتعدى على حقّ للّه تعالى أم على حقّ للإنسان .

فإن هذا التّعدى ينشىء حقّا على المتعدى بالعقوبة .

فإن كان التّعدى على حقّ للّه تعالى : فإنه يوجب الحد أو التّعزير أو التّكفير حقّا للّه تعالى .

وإن كان التّعدى على مايغلب فيه حقّ الإنسان : فإنّ الحقّ النّاشىء يختلف بحسب نوع التعدى .

فإذا كان تعديا على النّفس أو على مادونها : فإنه يوجب القصاص أو الدّية على مافصله الفقهاء فى هذا الباب .

وسيتضح معنى التّعدى على حقّ اللّه تعالى وحقّ الانسان والعقوبات الواجبة على ذلك فى باب العقوبات بإذن اللّه .

وامّا إذا كان التّعدى على المال : فإنّه يوجب إزالة الضرر أو الضّمان :

أمّا إزالة الضّرر : فممّا يدلّ عليها ماأخرجه أبو داود

---

(١) النظريات العامة للمعاملات ص ٨٤ ، وانظر : المغنى لابن قدامة ٦١٠/٧ .

بسنده الى عروة بن الزّبير - انّه خبّر - (أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا[(١)] إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلاً فِي أَرْضِ الآخرِ فَقَضَى لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِأَرْضِهِ وَأَمَرَ صَاحِبَ النَّخْلِ أَنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْهَا ، قَالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا إِنَّهَا لَتُضْرَبُ أُصُولُهَا بِالفُؤُوسِ وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُمٌّ حَتَّى أُخْرِجَتْ مِنْهَا)[(٢)] .

وامّا الضّمان : فإنّه يكون بردّ العين المتعدى عليها لصاحبها إن كانت قائمة وردّ بدلها إن كانت هالكة .

وممّا يدلّ على ذلك :

* ما اخرجه ابو داود والتّرمذى بسندهما إلى عبد الله ابن السّائب بن يزيد عن ابيه عن جدّه انّه سمع النّبى صلّى اللّه عليه وسلّم يقول : (لَايَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِباً وَلَاجَادّاً وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا)[(٣)] .

---

(١) هو عروة بن الزبير بن العوام وامه اسماء بنت أبى بكر تابعى ثقة احد الفقهاء السبعة فى المدينة كان عالما صالحا كريما انتقل الى البصرة ثم ذهب الى مصر ثم عاد الى المدينة وتوفى فيها سنة ٩٣هـ .
انظر : وفيات الأعيان ٢٥٥/٣ ، تهذيب التهذيب ١٦٣/٧ ، الأعلام ٢٢٦/٤ .

(٢) هذا الحديث اخرجه ابو داود من طريقين هذا احدهما والثانى عن ابن اسحاق وسكت عليهما .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج والفىء والامارة ، باب فى احياء الموات ٣٢٨/٨ .
ومعنى نخل عم : أى تامة فى طولها والتفافها واحدتها عميمة واصلها عمم فسكن وادغم .
انظر : النهاية فى غريب الحديث ٣٠١/٣ .

(٣) هذا الحديث اخرجه ابو داود وسكت عليه - واللفظ له - واخرجه الترمذى وقال : (حسن غريب لانعرفه الا من حديث ابن أبى ذئب والسائب بن يزيد له صحبة قد سمع من النبى صلى الله عليه وسلم وهو غلام قبض النبى صلى الله عليه وسلم والسائب ابن سبع سنين . وأبوه يزيد ابن السائب هو من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث) .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الأدب ، باب من يأخذ الشىء من مزاح ٣٤٦/١٣ .
وجامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، فى الفتن ، باب لايحل لمسلم أن يروع مسلما ٣٧٨/٦ .

* وماأخرجه أبو داود بسنده إلى عائشة رضي الله عنها قالت : (مَارَأيْتُ صَانِعاً طَعَاماً مِثْلَ صَفِيَّةَ ، صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللّهِ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَعَاماً فَبَعَثَتْ بِهِ فَأخَذَنِي أفْكَلٌ (١) فَكَسَرْتُ الإنَاءَ فَقُلْتُ : يَارَسُولَ اللّهِ مَاكَفَّارَةُ مَاصَنَعْتُ ؟ قَالَ : إنَاءٌ مِثْلُ إنَاءٍ وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ) (٢) .

فهذا الحديث يبيّن أنّ الهالك من المال المعتدى عليه يجب ردّ بدله إلاّ أنّ الفقهاء قالوا : يردّ المثل فى المثلي ، واختلفوا فى القيمي : فقال الجمهور : يضمن بالقيمة ، وقيل يضمن بالمثل - والمراد قيمته فى الماليّة ومثله فى الصّورة - استشهادا بهذا الحديث وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله (٣) .

---

(١) الأفكل : بفتح الهمزة واسكان الفاء وفتح الكاف ثم لام وزنه أفعل والمعنى : أخذتني رعدة الأفكل وهى الرعدة من برد أو خوف والمراد : أخذتها الغيرة .
انظر : شرح ابن القيم بهامش عون المعبود ٤٨٢/٩ ، النهاية فى غريب الحديث ٥٦/١ .

(٢) هذا الحديث أخرجه أحمد وأبو داود وسكت عليه ، والنسائى .
وأخرج الترمذى نحوه بسنده الى انس وقال : حسن صحيح .
انظر : مسند الامام احمد ، مسند السيدة عائشة رضى الله عنها ١٤٨/٦،٢٧٧ .
سنن أبى داود بشرح المعبود ، كتاب البيوع ، باب فيمن افسد شيئا يغرم مثله ٤٨٠/٩ .
وسنن النسائى ، فى عشرة النساء ، باب الغيرة ٧٠/٧ .
وجامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، الأحكام ، ماجاء فيمن يكسر له الشىء مايحكم له من مال الكاسر ٥٩٣/٤ .

(٣) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٢٣/٥ .
م : المنتقى ٢٧٢/٥ ، الشرح الصغير ٥٩٢/٣ .
ش : المهذب ٣٧٥/١ ، فتح البارى ١٢٥/٥ .
ل : المغنى ٢٣٩/٥ .
مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣٣/٣٠ ، نيل الأوطار ٢٧٢/٥ .

المبحث الثّاني

أسباب انقضاء الحقّ

هناك أسباب عديدة لانقضاء الحقّ وانتهاء المطالبة به ، واهمّ هذه الأسباب خمسة:

السّبب الأوّل : أداء الحقّ .

تنتهي المطالبة بالحقّ بأدائه وتسليمه لمستحقّه .

وتتنوّع ماهيّة الأداء بحسب طبيعة الحقّ .

فقد يكون الأداء عملا كالصّلاة وصنع شيء مستأجر على صنعه وقد يكون إعطاء كما في الزّكاة ، وتسليم المبيع ودفع الثّمن وقد يكون امتناعا عن عمل كما في الصّوم والكفّ عن المحرّمات والامتناع عن نوع من الزّرع شرط على المستأجر في إجارة الأرض أن لايزرعه (١) .

ويتنوّع الأداء من حيث زمان الحقّ إلى أنواع :

منها : مايجب مطلقا ويكون واجبا عمريا على الإنسان أداؤه في عمره (٢) .

ومنها : مايجب مؤقتا فوجوب أدائه يبدأ بأوّل الوقت ويكون موسّعا ويتضيّق بآخره بحيث لايبقى في آخره إلاّ زمان يسعه (٣) .

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ، د. ابو سنة ص ٩٦،١٤٥ ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، د. محمصاني ص ٥٤٤ .

(٢) انظر : تيسير التحرير ١٨٧/٢ ، التقرير والتحبير ١١٥/٢ ، أصول الفقه ، د. بدران أبو العينين بدران ص ٣٧٢ .

(٣) انظر : المراجع السابقة ، النظريات العامة للمعاملات ص ٩٦ .

ومنها : مايجب حالا كبدل القرض .(١)

فوجوب الاداء فيه موسع ويتضيّق بالمطالبة ، وقد يتضيّق بخوف فواته كما إذا علم المدين أنّ المال الّذى معه يخشى عليه الضّياع ، وكالحجّ فإنّه وإن كان الأمر به مطلقا فى قوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا}(٢) إلا أنّ هذا الوجوب على الفور عند جمهور الفقهاء ، لأنّ الموت في العام غير نادر فيخشى نزوله .

ويأتى الكلام فى ذلك فى باب العبادات ، فصل الحقوق المتعلّقة بالحجّ .

ومنها : مايجب مؤجّلا فيثبت الأداء عند حلول الأجل كالمسلم فيه والدّية .(٣)

ويتنوّع الأداء ايضا من حيث المكان الّذى يثبت فيه أداء الحقّ إلى أنواع :

منها : مالايتقيد أداؤه بمكان معيّن : كالحقّ الثّابت فى الذّمّة مما ليس لحمله مؤنة كالنّقود المقترضة فإنّ المكلف يؤديها حيث شاء .(٤)

ومنها : مايجب اداؤه فى مكان معين .

وهو كلّ حقّ للإنسان سواء اكان عينيا أم ثابتا فى الذّمّة مما لحمله مؤنة فإنّه يجب اداؤه فى المكان الّذى ثبت فيه وجوب الحقّ إلا إذا شرط فى العقد مكان آخر ، أو دعت الضّرورة

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ١٢٠،١١٩/٢ ، المغنى لابن قدامة ٣٤٩/٤ .

(٢) سورة آل عمران : ٩٧

(٣) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٩ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١١٧/٤ ، الشرح الصغير ٢٩٦/٢ ، مغنى المحتاج ١١٩/٢ ، المغنى لابن قدامة ٣٦١/٤ .

الى تغيير ذلك المكان .

ومن أمثلة الحقّ العينى الّذى يجب أداؤه فى مكان معيّن الوديعة فقد نصّت المادة (٧٩٧) من المجلّة العدليّة على : (انّ مكان الإيداع فى تسليم الوديعة معتبَرٌ . مثلا المتاع الّذى أودع فى الشام يسلّم فى الشام ولايجبر المستودَع على تسليمه فى القدس) (١) .

ومن أمثلة الحقّ الثّابت فى الذّمّة الّذى يجب أداؤه فى مكان معيّن : المسلم فيه إذا كان مما لحمله مؤنة كالقمح فإنّه يجب أداؤه فى مكان العقد ، وقد اشترط أبو حنيفة رحمه اللّه لصحّة السّلم بيان مكان الإيفاء (٢) .

السّبب الثّانى : المقاصّة .

وقد عرّفها ابن جزى رحمه اللّه (٣) بأنّها : (اقتطاع دَين من دَين) (٤) .

وذلك : بأن يثبت لإنسان على غريمه مثل ماله عليه من الدَّين أو أقلّ فيسقط دَين كلّ منهما بالدَّين الّذى عليه فى

---

(١) انظر : درر الحكام ٢٧٩/٢ .
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١١٦/٤،١١٧ ، الشرح الصغير ٢٩٥/٣ ، مغنى المحتاج ١١٩/٢ ، المغنى ٣٣٣/٤ ، كشاف القناع ٣١٩/٣ .
(٣) هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى فقيه مالكى من علماء الأصول واللغة والفقه وغيرها . من كتبه : القوانين الفقهية ، وتقريب الوصول الى علم الأصول ، ووسيلة المسلم فى تهذيب صحيح مسلم . توفى شهيدا فى واقعة طريف سنة ٧٤١هـ وكان مولده سنة ٦٩٣هـ .
انظر : شجرة النور الزكية ص ٢١٣ ، الديباج المذهب ٢٧٤/٢ ، الأعلام ٣٢٥/٥ .
(٤) القوانين الفقهية ص ١٩٢ .

الحال الأولى ، ويسقط قدر الأقل في الحال الثانية (١) .

ويظهر من كلام الفقهاء أن المقاصة تتم بين الديون ولو بغير رضا الطرفين متى اتحدت هذه الديون في الجنس والصفة والحلول أو التأجيل لأنه لافائدة في اقتضاء الدين من أحدهما ودفعه إليه بعد ذلك لشبهه بالعبث (٢) .

السبب الثالث : اتحاد الذمة .

وهو اجتماع صفتي دائن ومدين في ذمة واحدة ودين واحد كما لو كان وارث الدائن هو مدينه فإن الوارث بالميراث يصير دائنا لنفسه فينقضي الدين باتحاد الذمة (٣) .

السبب الرابع : الإسقاط .

تعريفه :

الإسقاط هو : (إزالة الحق بحيث لايكون له مستحق) (٤) .

كالطلاق فإنه إسقاط لحق الزوج بحيث لايكون له مستحق ، ويحترز بذلك عن نقل الحق من مستحق إلى آخر كالبيع فإن الحق بعد نقله يثبت للمنقول إليه (٥) .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٣١٠/٣ .
(٢) انظر : ف : رد المحتار ٢٣٩/٤ ، درر الحكام ٨٩/٣ ، الفتاوى الهندية ٢٢٩/٣ .
م : القوانين الفقهية ص ١٩٢ ، الشرح الصغير ٢٩٧/٣ ، البهجة شرح التحفة ٥٠/٢ .
ش : قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٧٠/٢ .
ل : كشاف القناع ٣١٠/٣ ، شرح منتهى الارادات ٢٢٤/٢ .
(٣) انظر : النظريات العامة للمعاملات ، د. أبو سنة ص ١٥٠ النظرية العامة للموجبات والعقود ، د. محمصاني ص ٥٨٥
(٤) النظريات العامة للمعاملات ص ١٥٠ .
(٥) انظر نفس المرجع السابق ، وانظر في نقل الحق : الفروق ١١٠/٢ ، تهذيب الفروق ١١١/٢ ، قواعد الأحكام للعز ٧٠/٢ .

انواعه :

يتنوع الإسقاط إلى نوعين :

الأوّل : إسقاط بغير عوض .

وهذا النّوع منه مايكون إسقاطا محضا كالطّلاق بغير عوض ومنه مايكون إسقاطا من وجه وتمليكا للمال من وجه آخر كالإبراء من الدَّين .(١)

والنّوع الثّاني : إسقاط بعوض .

كالخلع والطّلاق على مال ، والصّلح عن القصاص ، والصّلح عن الدّين .(٢)

هل يحتاج الإسقاط إلى قَبول من عليه الحقّ ؟

الإسقاط تصرف يتمّ بمجرد صدوره من المستحِقّ فلايحتاج في تمامه إلى قبول مَن عليه الحقّ إلاّ إذا كان بعوض فلابدّ من قبول من سيدفع العوض ، وإلا إذا كان تمليكا من وجه كالإبراء من الدَّين - على قول للفقهاء - لأنّ المِنّة قد تعظم فيه ، وذوو المروءات والأنفات يضرّ ذلك بهم .(٣)

شروط صحّة الإسقاط :

الأوّل : أن لايكون الحقّ - الّذي يجري إسقاطه - ملكا للعين إذ الملك لايبطل بالترك .(٤)

---

(١) وهذا على قول للفقهاء أن في الابراء معنى التمليك . انظر : الفروق ١١٠/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١ .

(٢) انظر : الفروق ١١٠/٢ ، تهذيب الفروق ١١١/٢ ، قواعد الأحكام للعز ٧٠/٢ .

(٣) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٦ ، الفروق ١١٠/٢ ، المغني لابن قدامة ٧٣١/٦ .

(٤) النظريات العامة للمعاملات ص ١٥٢ ، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٦ .

فلو أسقط مالك الأعيان ملكه عنها : لم يسقط لأنّ إسقاطه معناه : إخراج الملك لا إلى مالك وهو السّائبة الّتي نهى اللّه تعالى عنها بقوله : {مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ} (١) .

وإنّما يقبل ملك الأعيان الانتقال بالإرث أو العقد .

والثّاني : أن يكون الإسقاط بعد وجوب الحقّ لمستحقّه .

فمن أسقط الحق قبل وجوبه : لم يسقط كما اذا أسقطت الزوجة النفقة الواجبة لها في المستقبل لأنّ النّفقة حقّ يتجدّد كلّ يوم فلا يسقط قبل وجوبه (٢) .

والثّالث : أن لا يترتب على الإسقاط تغيير لأحكام الشّرع كإسقاط الزّوج حقّه في الطّلاق ، أو في الرّجعة بعد الطّلاق ، وإسقاط الابن حقّه في الانتساب إلى أبيه والأب حقّه في الأبوة (٣) .

والرّابع : أن لا يكون الحقّ ثابتا لغير المسقط أو مشتركا بينه وبين غيره فإن كان ثابتا للغير لا يسقط بالإسقاط كاسقاط حقوق اللّه تعالى من العبادات (٤) .

السّبب الخامس : نقل الحقّ .

من الحقوق ما ينتهي بنقله من مستحقّ إلى مستحقّ آخر وهذا النقل نوعان :

---

(١) سورة المائدة : ١٠٣
وانظر : تفسير أبي السعود ٨٦/٣ ، تفسير الفخر الرازي ١١٦/١٢ .
(٢) النظريات العامة للمعاملات ص ١٥٢ ، وانظر كشاف القناع ٤٧٧/٥ .
(٣) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ١٥٣ .
(٤) نفس المرجع السابق ، وانظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٧ .

أحدهما : النّقل بعوض .

فمنه مايكون في الأعيان كالبيع والقرض ، ومنه مايكون في المنافع كالإجارة والمساقاة والمزارعة والجعالة .

والثّاني : النّقل بغير عوض .

كالهدايا والوصايا والصدقات والكفّارات (١) .

---

(١) انظر : الفروق ٢/١١٠ ، قواعد الأحكام للعز ٢/٧٠ .

الباب الثاني

الحقوق المتعلقة بالعبادات

وفيه فصول

الأول: الحقوق المتعلقة بالصلاة

والثاني: الحقوق المتعلقة بالزكاة

والثالث: الحقوق المتعلقة بالحج

الباب الثّاني

الحقوق المتعلّقة بالعبادات

خلق اللّه تبارك وتعالى الخلق لعبادته ، وقد بيّن ذلك قوله تعالى : {وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ} (١) .

والعبادة : اسم جامع لكل مافيه تعظيم لأمر اللّه ومحبة له وتقرب إليه (٢) .

والشّرط في صحتها : الإخلاص للّه تعالى والمتابعة لرسوله صلى الله عليه وسلم

ومن العبادات الّتي شرعها اللّه تعالى الصّلاة ، والزّكاة والصّيام ، والحجّ ، وذكر اللّه تعالى ، وتلاوة القرآن ، وتعلم العلوم النّافعة .

وقد عقدت هذا الباب لبيان المقدّم من الحقوق المتزاحمة المتعلّقة بالعبادات .

وأهمّ تلك الحقوق جعلته في الفصول الآتية :

---

(١) سورة الذاريات : ٥٦

(٢) انظر : تفسير الفخر الرازي ٢٨/٢٣٣ .

الفصل الأول

الحقوق المتعلقة بالصلاة

وفيه مباحث

الأول: الحق المتعلق بالماء إذا لم يكف إلا للطهارة من الحدث أو من النجس

والثاني: ما إذا اجتمعت الفوائت هل يجب الترتيب في قضائها، وهل يجب الترتيب بين الفائتة والوقتية

والثالث: اجتماع صلاة الجنازة مع غيرها من الصلوات

والرابع: اجتماع صلاة الكسوف أو الخسوف مع غيرها من الصلوات

والخامس: حق الإمامة

الفصل الأوّل

الحقوق المتعلّقة بالصّلاة

الصّلاة حقّ خالص للّه تبارك وتعالى وقد أمر اللّه نبيّه صلّى اللّه عليه وسلّم أن يبيّن ذلك في قوله تعالى : {قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَالَمِينَ . لَاشَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ ٱلْمُسْلِمِينَ}(١) .

وهي أعظم العبادات بعد الشهادتين وبها يؤدي المرء حق اللّه الّذي اوجبه عليه في آيات كثيرة من الكتاب العزيز منها :

قوله تعالى : {وَأَقِيمُوا ٱلصَّلَاةَ}(٢) .

وقوله عز وجل : {إِنَّ ٱلصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا}(٣) .

وقد يتزاحم على الإنسان أكثر من صلاة وهو يحتاج إلى معرفة مايقدّم منها ، الأمر الّذي جعلني أعقد هذا الفصل لبيانه ، كما ضمنته مايجري فيه التّزاحم من الأمور المتعلّقة بالصّلاة وهو الطّهارة والإمامة .

وقد جعلت ذلك في المباحث الآتية :

---

(١) سورة الأنعام : ١٦٢، ١٦٣
(٢) سورة البقرة : ٤٣
(٣) سورة النساء : ١٠٣

المبحث الأول

الحقّ المتعلّق بالماء

إذا لم يكف إلاّ الطّهارة من الحدث
أو الطّهارة من النّجس

إذا اجتمع على الإنسان حدث ونجاسة : فعليه التّطهر منهما حقّاً للّه تبارك وتعالى .

ومما يدلّ على ذلك :

* قوله تعالى : {يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَاةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ وَإِن كُنتُمْ جُنُباً فَٱطَّهَّرُوا ...} (١) .

فهو يدلّ على وجوب الطّهارة من الحدث الأصغر والأكبر .

* وقوله سبحانه : {وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ} (٢) .

ومعناه : وثيابك فطهر من النّجاسات والمستقذرات وهذا هو المعنى الحقيقى للآية ولها معان أخرى مجازية لكن الحقيقة مقدمة (٣) .

* وما أخرجه البخارى ومسلم بسندهما إلى أسماء بنت أبى بكر رضى اللّه عنهما قالت : (جَاءَتِ ٱمْرَأَةٌ إِلَى النّبى صلّى اللّهُ عَلَيهِ وَسَلّمَ فَقَالَتْ : إِحْدَانا يُصيبُ ثَوْبَهَا مِنْ دمِ ٱلْحَيْضَةِ كَيْفَ تَصْنَعُ بِهِ قَالَ : تَحُتُّهُ ثُمَّ تَقْرُصُهُ بِالْمَاءِ ثُمّ تَنْضَحُهُ ثُمّ

---

(١) سورة المائدة : ٦
(٢) سورة المدثر : ٤
(٣) انظر : تفسير الخازن ٣٢٧/٤ ، أحكام القرآن للجصاص ٤٧٠/٣ ، تفسير الفخر الرازى ١٩١/٣٠ .

تُمَلّى فِيهِ) .(١)

* وماأخرجه البخارى ومسلم بسندهما إلى ابن عباس رضي الله عنهما قال : (مَرَّ رَسُولُ اللّهِ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ عَلَى قَبْرَيْنِ فَقَالَ : أَمَا إِنَّهُمَا لَيُعَذَّبَانِ وَمَايُعَذَّبَانِ فِي كَبِيرٍ أَمَّا أَحَدُهُمَا فَكَانَ يَمْشِي بِالنَّمِيمَةِ ، وَأَمَّا الآخَرُ فَكَانَ لَايَسْتَتِرُ مِنْ بَوْلِهِ ...) .(٢)

وفي لفظ لمسلم : (وَكَانَ الآخَرُ لَايَسْتَنْزِهُ عَنِ البَوْلِ أَوْ مِنَ البَوْلِ) .(٣)

وفي لفظ للنسائي : (أَمَّا أَحَدُهُمَا فَكَانَ لَايَسْتَبْرِىءُ مِنْ بَوْلِهِ) .(٤)

وكلّ هذه الألفاظ صحيحة ومعناها أنّه كان لايتجنب البول ولايحترز منه .(٥)

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الوضوء ، باب غسل الدم ٦٣،٦٢/١ .
صحيح مسلم ، كتاب الطهارة ، باب نجاسة الدم وكيفية غسله ١٦٦/١ .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الوضوء باب من الكبائر أن لايستتر من بوله ٣١٧/١ .
وصحيح مسلم بشرح النووى ، كتاب الطهارة ، الدليل على نجاسة البول ووجوب الاستبراء منه ٢٠٠/٣

(٣) هذا اللفظ أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجة
انظر : صحيح مسلم بشرح النووى – السابق – ٢٠١/٣ .
وسنن ابى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الطهارة ، باب الاستبراء من البول ٤١،٤٠/١ .
وسنن النسائى ، كتاب الطهارة ، باب التنزه عن البول ٢٩،٢٨/١ .
وسنن ابن ماجة ، كتاب الطهارة ، باب النهى عن البول فى الماء الراكد ١٢٥/١ .

(٤) سنن النسائى ، كتاب الجنائز ، وضع الجريدة على القبر ١٠٦/٤ .

(٥) انظر : فتح البارى على صحيح البخارى ٣١٨/١ ، شرح النووى على صحيح مسلم ٢٠١/٣ ، عون المعبود ٤٠/١ ، شرح ابن القيم مع عون المعبود ٤٢/١ .

ومن المعلوم أنّ الطّهارة شرط لصحّة الصّلاة .

لما أخرجه مسلم ـ وغيره ـ بسنده إلى ابن عمر رضي الله عنهما قال : سمعتُ رَسولَ اللّهِ صَلّى اللّهُ عَلَيهِ وَسَلّمَ يَقُولُ (لاتُقّبَلُ صَلاةٌ بِغَيرِ طُهُورٍ)(١) إضافة إلى الأدلّة السّابقة .

ومن المعلوم أيضا أنّ الطّهارة من الحدث تكون بالماء إلاّ إذا عجز الإنسان عن استعماله فيتيمم لقوله تعالى : {وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ}(٢) .

ومن المعلوم أيضا أنّ الطّهارة من النّجاسة الّتي على البدن أو الثّياب تكون بالماء أيضا .

وأجاز الحنابلة في قول لهم التّيمم للنّجاسة الّتي على البدن عند العجز عن غسله لخوف الضرر أو عدم الماء فقد روي عن الإمام أحمد : أنّ من عليه نجاسة في بدنه يتيمم بمنزلة الجنب(٣) .

---

(١) هذا الحديث أخرجه مسلم والترمذي وابن ماجة من حديث ابن عمر ، وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث أبي المليح بن أسامة عن أبيه أسامة بن عمير الهذلي .
انظر : صحيح مسلم ، الطهارة ، باب الطهارة للصلاة ١/١٤٠ .
سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، الطهارة ، باب فرض الطهور ١/٨٧ .
جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، الطهارة ، ماجاء لاتقبل صلاة بغير طهور ١/٢٣ .
سنن النسائي ، الطهارة ، باب فرض الوضوء ١/٨٧،٨٨ .
سنن ابن ماجة ، الطهارة وسننها ، لايقبل الله صلاة بغير طهور ١/١٠٠ .

(٢) سورة المائدة : ٦

(٣) انظر : المغني لابن قدامة ١/٢٧٣ ، المبدع لابن مفلح ١/٢١٧ . وانظر : المجموع للنووي ٢/٢٠٧،٢٠٩ .

إذاً فالماء هو الآلة المستعملة في رفع الحدث وفي إزالة النّجس ولكن قد لايجد الإنسان مايكفيه لذلك فعندئذ يتزاحم الحقّان ولايعرف الإنسان مايقدّم منهما .

وقد بحث الفقهاء هذه المسألة واختلفوا فيها على قولين :

أحدهما : أنّ ماعنده من الماء يصرفه إلى النّجاسة لا الحدث .

وهو قول الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة (١) .

وعلل الحنفيّة ذلك : بأنّه إنّما وجب صرف الماء إلى النّجاسة لا الحدث ليصحّ التّيمم بعده فيكون تحصيلاً للطّهارتين (٢) .

وعلّله الشّافعيّة : بأنّ إزالة النّجاسة لابدل لها بخلاف رفع الحدث بالوضوء أو الغسل فإنّ له بدلا وهو التّيمم (٣) .

وعلّله الحنابلة : بأنّ التّيمم للحدث ثابت بالنّص والاجماع ومختلف فيه للنّجاسة (٤) .

والقول الثّاني : أنّه يتوضأ بالماء ولايغسل النّجاسة وهو قول حمّاد بن أبي سليمان رحمه الله (٥) ، ورواية عن أبي

---

(١) انظر : ف : فتح القدير لابن الهمام ١/١٩٠ ، البدائع ١/٥٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٠ .
ش : مغني المحتاج ١/٩٠ ، حاشية عميرة ١/٨٠ .
ل : المغني ١/٢٧٤ ، الانصاف ١/٣٠٨ .
(٢) انظر : المراجع السابقة للحنفية .
(٣) انظر : مغني المحتاج ١/٩٠ .
(٤) انظر : المغني لابن قدامة ١/٢٧٤ .
(٥) انظر : فتح القدير لابن الهمام ١/١٩٠ ،البدائع ١/٥٧ .
وحماد : هو أبو اسماعيل حماد بن أبي سليمان بن مسلم الكوفي مولى الأشعريين أصله من أصبهان ، فقيه العراق من صغار التابعين ، روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه وتفقه بابراهيم النخعي وهو أنبل أصحابه وأفقههم وأقيسهم وأبصرهم بالمناظرة والرأي وقد سئل النخعي من نسأل بعدك : ؟ قال : حماد . وروى عنه تلميذه أبو حنيفة وابنه اسماعيل بن حماد وغيرهما توفي سنة ١٢٠هـ أو ١١٩هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٥/٢٣١ ، تهذيب التهذيب ٣/١٤.

يوسف : لأنّ الحدث أغلظ من النّجاسة فيجب صرف الماء إليه ، لأنّ شرط التّيمم للحدث فقد الماء وهو غير فاقد ، كما أنّ الصّلاة مع الثّوب النّجس جائزة في الجملة ولاجواز لها مع الحدث بحال (١) .

وأمّا المالكيّة : فلم أجد لهم نصّاً في المسألة لكن يمكن أن يتخرج لهم قولان فيها وذلك من اختلافهم في إزالة النّجاسة هل هي شرط لصحّة الصّلاة أو لا ؟

* فعلى القول بأنّها شرط لصحّة الصّلاة إن ذكرها الإنسان وقدر على إزالتها : يقال إنّ الواجد للماء في هذه الحال يصرفه إلى النّجاسة ويتيمّم كما قال الجمهور .

* وعلى القول بأنّها ليست بشرط لصحّة الصّلاة : يقال إن الواجد للماء يصرفه إلى الحدث ولايزيل النّجاسة ويصلي ويستحب له في هذه الحال أن يعيد صلاته في الوقت إذا وجد الماء (٢) .

التّرجيح :

والذي يظهر لي ترجيحه في المسألة هو قول الجمهور القائل بصرف الماء إلى النّجاسة لا الحدث :

لأنّه لم يظهر لي دليل على جواز التّيمم من النّجاسة .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٩٠/١ ، البدائع ٥٧/١ .
(٢) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٤١/١ ،الشرح الصغير ٦٥/١.

المبحث الثّاني

ما إذا اجتمعت الفوائت هل يجب التّرتيب في قضائها
وهل يجب التّرتيب بين الفائتة والوقتيّة

تمهيـــد :

من المعلوم ان من وجبت عليه الصّلاة لم يجز له تأخيرها عن وقتها إذا كان ذاكراً لها قادراً على ادائها لقوله تعالى {إِنَّ ٱلصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا} (١) .

ويستثنى من ذلك من أراد الجمع بشروطه .

ومـن المعلـوم أيضـا أنّ من فاتته الصّلاة بعد لزومها : وجب عليه قضاؤها بإجماع العلماء (٢) .

وممّا يستدلّ به على وجوب القضاء :

* ماأخرجه البخاري بسنده إلى أنس بن مالك رضي الله عنه عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم قال : (مَنْ نَسِيَ صَلَاةً فَلْيُصَلِّ إِذَا ذَكَرَ) (٣) .

* وماأخرجه مسلم بسنده إلى أنس بن مالك رضي الله عنه قـال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : (إِذَا رَقَدَ أَحَدُكُمْ عَنِ ٱلصَّلَاةِ أَوْ غَفَلَ عَنْهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا فَإِنَّ اللَّهَ يَقُولُ : {وَأَقِمِ ٱلصَّلَاةَ لِذِكْرِي}) (٤) .

---

(١) سورة النساء : ١٠٣

(٢) هـذا الاجماع حكـاه ابـن رشد في مقدماته والنووي في مجموعه .
انظر : المقدمات ١٢٨/١ ،المجموع ٧١،٧٠/٣ .

(٣) انظـر : صحيح البخاري ، كتاب الصلاة ، باب من نسي صلاة فليصل اذا ذكرها ولايعيد الا تلك الصلاة ١٤٨/١ .

(٤) انظـر : صحيح مسلم ، كتـاب الصلاة ، بـاب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها ١٤٢/٢ .
والآية {وأقم الصلاة لذكري} في سورة طه : ١٤

فهذه الأحاديث تدلّ على لزوم القضاء سواء أفاتت الصّلاة بعذر كالنّوم والسّهو ... أم فاتت بلاعذر من باب أولى .(١)

وإن كان قد خالف في هذا الحكم الأخير بعض الفقهاء منهم ابن حزم(٢) رحمه اللّه فقد قال : (من تعمد ترك الصلاة حتى خرج وقتها فهذا لايقدر على قضائها أبداً فليكثر من فعل الخير وصلاة التطوع ليثقل ميزانه يوم القيامة وليتب وليستغفر الله عز وجل)(٣) .

* لأن القضاء بدليل جديد ولادليل على قضاء الصلاة لمن تركها عمدا .

* ولقوله تعالى : {فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ۝ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ}(٤) .

* ولقوله تعالى : {فَخَلَفَ مِنۢ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا۟ ٱلصَّلَاةَ وَٱتَّبَعُوا۟ ٱلشَّهَوَاتِ فَسَوْفَ يَلْقَوْنَ غَيًّا}(٥) .

* ولأنّ اللّه جعل لكلّ صلاة وقتا محدداً فلو صلّاها قبل وقتها تكون باطلة فكذلك لو صلّاها بعده(٦) .

---

(١) انظر : ف : حاشية الشلبي ١٨٥/١ ، الدر المنتقى ١٤٤/١
م : الشرح المغير وحاشية الصاوي ٣٦٤/١ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٢٧/١ .
ش : المجموع ٦٩/٣-٧١ ، العزيز المعروف بفتح العزيز للرافعي ٥٢٤/٣ ، مغني المحتاج ١٢٧/١ .
ل : المبدع ٣٥٤/١ .

(٢) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري عالم الأندلس في عصره ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ ونشأ شافعي المذهب ثم انتقل الى مذهب أهل الظاهر كان عالما محدثا فقيها أصوليا مفسرا مؤرخا متكلما وأديبا . من مؤلفاته : المحلى ، الفصل في الملل والأهواء والنحل ، الناسخ والمنسوخ ، الاجماع . توفي سنة ٤٥٦هـ .
انظر : وفيات الأعيان ٣٢٥/٣ ، تذكرة الحفاظ ١١٤٦/٣ ، الأعلام ٢٥٤/٤ .

(٣) المحلى ٢٣٥/٢ .

(٤) سورة الماعون : ٤، ٥

(٥) سورة مريم : ٥٩

(٦) انظر : المحلى ٢٣٥/٢ .

والجواب عما قاله :

* انّ الدّليل الّذى أوجب الاداء هو بعينه الّذى أوجب القضاء لأنّه اثبت حقّا في الذّمّة كصلاة الظّهر ويوم من رمضان وهذا الحقّ لايسقط بخروج الوقت كما لايسقط الدّين بفوات وقت أدائه . وهذا على الرّاجح من أقوال الأصوليين (١) .

* وانّ الويل والغي انما لحق تارك الصّلاة لأنّه أخرها عن وقتها عمدا .

* وانّ قياس من صلّى بعد الوقت على من صلّى قبله قياس مع الفارق لأنّه لادليل على وجوب الصّلاة قبل وقتها وابن حزم قد استدل بالقياس رغم انه ينكره فقد سقط فيما هرب منه .

فالظاهر إذاً هو القول الأوّل .

هذا وقد تتزاحم على الإنسان عدّة فوائت فهل يجب عليه التّرتيب فى قضائها ، وما الحكم فيما إذا اجتمعت الصّلاة الوقتية والفائتة ؟

هذا ماسأبحثه فى المطلبين الآتيين بإذن اللّه :

(١) انظر : تيسير التحرير ٢/١٩٩-٢٠٠ ، مسلم الثبوت ١/٨٨-٩٠ .

الخلاف في

المطلب الأوّل : وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت ومسقطات هذا الوجوب عند القائلين به

اختلف الفقهاء في وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت على مذهبين :

الأوّل : أنّه يجب التّرتيب في قضاء الفوائت .

وهو قول الحنفية والمالكيّة والحنابلة ولكنّهم اختلفوا فيما يقتضيه هذا الوجوب :

* فذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى أنّ التّرتيب في قضاء الفوائت واجب في الصّلوات القليلة (١) .

إلاّ أنّه عند الحنفيّة شرط لايسقط إلاّ بثلاثة أشياء هي : النسيان ، وضيق الوقت ، وكثرة الفوائت .

وهو عند المالكيّة واجب غير شرط فيقدّم الظّهر على العصر وهي على المغرب وهكذا وجوبا فإن نكس صحت وأثم إن تعمد ولايعيد المنكس .

أمّا الشّرط عندهم : فهو التّرتيب بين الصّلاتين المشتركتين في الوقت مع التّذكر .

فمن صلّى العصر وهو يتذكّر أنّ عليه الظّهر او طرأ عليه التّذكر في اثناء العصر فالعصر باطلة ، وكذا العشاء مع

---

(١) الصلوات القليلة : هي خمس صلوات فأقل .
فقد اعتبر الحنفية صيرورة الفوائت ستا كثرة مسقطة للترتيب وذلك بخروج وقت السادسة ، وقيل بدخوله .
ومعنى ذلك : أن الفوائت اذا كانت خمسا فأقل تعتبر قليلة .
وأما المالكية : فقليل الفوائت عندهم خمس صلوات فأقل ، وقيل : أربع فأقل .
انظر : ف : الهداية مع فتح القدير ٤٨٥/١ .
م : الشرح الصغير ٣٦٤/١ ، المقدمات ١٣٥/١ .

المغرب .

لأنّ ترتيب الحاضرة (الصّلاة الوقتيّة) واجب شرطاً فإن تذكّر بعد سلامه من الثّانية صحّت وأعادها في الوقت بعد الأولى .(١)

وامّا الحنابلة : فمذهبهم يقرب ممّا قاله الحنفيّة إلاّ أنّهم اوجبوا التّرتيب في قضاء الفوائت وجعلوه شرطاً لصحتها سواء أقلّت أم كثرت .(٢)

والمذهب الثّاني :أنّه لايجب التّرتيب في قضاء الفوائت بل يستحب .

وهو مذهب الشّافعيّة ، وقول طاووس ، والحسن البصري وأبي ثور وداود .(٣)

---

(١) انظر : الشرح الصغير ٣٦٤/١ ، الفواكه الدواني ٢٦٥/١ المقدمات لابن رشد ١٢٨/١ ، منح الجليل ١٧١/١ .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٦٠٨،٦٠٧/١ ، الكافي لابن قدامة ٩٩/١ ، كشاف القناع ٢٦٠/١ .

(٣) انظر : المجموع للنووي ٧٠/٣ ، العزيز المعروف بفتح العزيز للرافعي ٥٢٤/٣ ، مغني المحتاج ١٢٦/١ .
وهذا تعريف بمن ورد ذكرهم في هذا القول :
* طاووس : هو أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان الخولاني الهمذاني اليماني من ابناء الفرس وقيل : اسمه ذكوان ولقبه طاووس . أحد الأعلام التابعين سمع ابن عباس وأبا هريرة رضي الله عنهم . وكان فقيها جليل القدر نبيه الذكر ، توفي حاجا بمكة وصلى عليه هشام بن عبد الملك سنة ١٠٦هـ ، وقيل ١٠٤هـ .
انظر : وفيات الأعيان ٥٠٩/٢ ، مشايخ بلخ من الحنفية ٨٧٥/٢ .
* الحسن البصري : هو ابو سعيد الحسن بن ابي الحسن يسار البصري مولى زيد بن ثابت الأنصاري وأمه خيرة مولاة أم سلمة رضي الله عنها . ولد سنة ٢١هـ . تابعي كان امام اهل البصرة وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان النساك وروى عن خلق من الصحابة ، وتوفي سنة ١١٠هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٥٦٣/٤ ، وفيات الأعيان ٦٩/٢ ، الأعلام ٢٢٦/٢ .
=

الأدلــــــة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ القائلون بوجوب التّرتيب في قضاء الفوائت بأدلّة من السنّة والقياس :

(أ) أمّا السنّة : فأحاديث هي :

الأوّل : ما أخرجه التّرمذي والنّسائي عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : (إِنَّ ٱلْمُشْرِكِينَ شَغَلُوا رَسُولَ ٱللّٰهِ صَلَّى اللّٰهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتٍ يَومَ ٱلْخَنْدَقِ حَتَّى ذَهَبَ مِنَ ٱللَّيْلِ مَاشَاءَ ٱللّٰهُ فَأَمَرَ بِلالاً فَأَذَّنَ ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى ٱلظُّهْرَ ، ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى ٱلْعَصْرَ ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى ٱلْمَغْرِبَ ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى ٱلْعِشَاءَ) (١) .

= * أبو ثور : هو ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي . الفقيه صاحب الامام الشافعي . قال ابن حبان : كان أحد أئمة الدنيا فقها وعلما وورعا وفضلا صنف الكتب وفرع على السنن . توفي سنة ٢٤٠هـ أو ٢٤٦هـ .
انظر : طبقات الشافعية للشيرازي ص ١١٢ ، طبقات الشافعية للحسيني ص ١٩٠ ، وفيات الأعيان ٢٦/١ ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢٢٧/١ .
* داود : هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني الامام المشهور المعروف بالظاهري ، كان زاهدا ورعا أخذ العلم عن اسحاق بن راهويه وأبي ثور وغيرهما وكان من أكثر الناس تعصبا للامام الشافعي ، وكان صاحب مذهب مستقل وتبعه جمع كثير يعرفون بالظاهرية . كان مولده بالكوفة سنة ٢٠٢هـ ، ونشأ ببغداد وتوفي بها سنة ٢٧٠هـ .
انظر : وفيات الأعيان ٢٥٥/٢ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٠٢ .

(١) انظر : فتح القدير لابن الهمام ٤٨٩/١ ، المغني لابن قدامة ٦٠٧/١ ، كشاف القناع ٢٦٠/١ .
والحديث : أخرجه النسائي والترمذي وقال : (هذا الحديث ليس باسناده بأس ، الا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه) . =

وقد قال النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم في الحديث الّذي أخرجه البخاري بسنده إلى مالك بن الحويرث (١) قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (... صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي) (٢).

ووجه الدّلالة من ذلك :

انّ هذا استدلال بمجموع فعله صلّى اللّه عليه وسلّم التّرتيب بين الأربع وأمره بالصّلاة على الوجه الّذي فعل . فلزم التّرتيب .

إلاّ انّه يمكن ان يدفع هذا الاستدلال بأن يقال : هو مفيد وجوب كل ماوقع عليه الرؤية إلاّ ماقام الدّليل فيه على خلافه من كونه سنّة أو أدبا (٣) وحينئذ يقال : التّرتيب من المستثنى .

= وقال الشيخ محيي الدين النووي في الخلاصة : ان هذا الحديث منقطع فان أبا عبيدة لم يدرك أباه ، وقوله هذا مخالف لقول أبي داود : توفي عبد الله بن مسعود ولولده أبي عبيدة سبع سنين كما جاء ذلك في نصب الراية .

اقول : ان الحديث وان كان منقطعا فان الانقطاع لايضر لأنه نوع من انواع الارسال والمرسل حجة عند غير الشافعي ، وعند الشافعي بشروط – وكون علماء الحديث يعتبرونه من الضعيف ليس مطلقا لأن الأئمة الأربعة قبلوه وعلماء الحديث يسيرون على مذهب الشافعي فيعتبرونه ضعيفا اذا لم تتوفر فيه الشروط التي اشترطها الشافعي لقبوله – .

انظر : نصب الراية ١٦٥،١٦٤/٢ ، جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي في المواقيت ، باب الرجل تفوته الصلاة بايتهن يبدأ ٥٣٠/١ .

وسنن النسائي ، في الأذان ١٧/٢ ، وفي آخر المواقيت بلفظ آخر ٢٩٧/١ .

(١) هو ابن حشيش بن عوف بن جندع أبو سليمان الليثي الصحابي وقيل في نسبه غير ذلك . نزل البصرة توفي سنة ٧٤هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ١٢/١٠ .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الأذان ، باب الأذان للمسافر اذا كانوا جماعة ١٥٥/١ .

(٣) انظر : فتح القدير ٤٨٩/١ .

ويجاب على ذلك : بأنّه لم يقم الدّليل على كونه سنّة او أدبا .

والحديث الثّاني : ماأخرجه البخارى ومسلم بسندهما إلى جابر بن عبد الله أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطّابِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ جَعَلَ يَسُبُّ كُفّارَ قُرَيْشٍ وَقَالَ : يَارَسُولَ اللّهِ واللّهِ مَاكِدْتُ أَنْ أُصَلِّيَ الْعَصْرَ حَتَّى كَادَتْ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقالَ رَسُولُ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَوَاللّهِ إِنْ صَلَّيْتُها فَنَزَلْنا إِلى بُطْحانَ فَتَوَضَّأَ رَسُولُ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَتَوَضَّأْنا فَصَلَى رَسُولُ اللّهِ الْعَصْرَ بَعْدَما غَرَبَتِ الشَّمْسُ ثُمَّ صَلّى بَعْدَهَا الْمَغْرِبَ (١) .

ووجه الدّلالة منه :

أنّه لو كان التّرتيب مستحبا لما أخّر عليه الصّلاة والسّلام لأجله المغرب الّتي تأخيرها مكروه بناء على أنّ الكراهة للتّحريم فلاترتكب لفعل مستحب (٢) .

والحديث الثّالث : ماأخرجه الدّارقطني والبيهقى بسندهما إلى عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنهما قال : قال رسولُ اللّه صلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ : (مَنْ نَسِيَ صَلاةً فَلَمْ يَذْكُرْهَا إِلاّ وَهوَ مَعَ الإِمَامِ فَلْيُتِمّ صَلاتَهُ ، فَإِذا فَرَغَ مِنْ صَلاتِهِ : فَلْيُعِدِ الّتي نَسِيَ ثُمّ

---

(١) انظر : نفس المرجع السابق .
والحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم في صحيحيهما واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب قضاء الأول فالأول ١٤٨/١ .
وصحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب الصلاة الوسطى صلاة العصر ١١٣/٢ .
وهذا بيان الألفاظ الغريبة في الحديث من الحاشية التى على مسلم :
ان صليتها : ان نافية أى ماصليتها .
بطحان : بالضم والصواب بالفتح وكسر الطاء موضع بالمدينة .

(٢) انظر : البحر الرائق ٨٦/٢ .

لِيُعِدِ الّتِي صَلّاهَا مَعَ الإِمَامِ) (١) .

ووجه الدّلالة منه : أَنّ فيه تنصيصاً على وجوب التّرتيب وانّه شرط .

(ب) وأمّا القياس :

فهو قياس القضاء على الأداء فكما يراعى التّرتيب بين الصّلوات أداءً في الوقت فكذلك قضاءً بعد خروج الوقت (٢) .

وكذلك القياس على الصّلاة في حال الجمع فكما يجب التّرتيب بين المجموعتين كذلك يجب في قضاء الفوائت (٣) .

---

(١) انظر : فتح القدير ٤٨٥/١ ، مجمع الأنهر ١٤٤/١ ، المدونة الكبرى ١٢٥/١ ، المغني لابن قدامة ٦٠٧/١ ، كشاف القناع ٢٦٢/١ .
والحديث : أخرجه الدارقطني والبيهقي عن اسماعيل بن ابراهيم الترجماني عن سعيد بن عبد الرحمن الجمحي عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا .
ورواه مالك عن ابن عمر موقوفا وصحح الدارقطني وأبو زرعة وقفه ، واختلفوا في نسبة الخطأ في رفعه :
فمنهم من نسبه الى سعيد بن عبد الرحمن ، ومنهم من نسبه الى الترجماني .
قال ابن الهمام في فتح القدير : (ولايخفى أن الرفع زيادة والزيادة من الثقة مقبولة وهما ثقتان قال ابن معين في الترجماني : لابأس به ، وكذا قال أبو داود وأحمد ، وكذا وثق ابن معين سعيدا وذكر الذهبي في ميزانه توثيقه عن جماعة وان كان قد يهم) .
انظر : فتح القدير ٤٨٦/١ ، نصب الراية ١٦٢/٢، ١٦٣ .
سنن الدارقطني ، كتاب الصلاة ، باب الرجل يذكر صلاة وهو في أخرى ٤٢١/١ .
سنن البيهقي ، كتاب الصلاة ، باب من ذكر صلاة وهو في أخرى ٢٢١/٢ .
المدونة الكبرى ، في امام ذكر صلاة نسيها في الصلاة ١٢٥/١ .

(٢) انظر : المبسوط ١٥٤/١ ، كشاف القناع ٢٦٠/١ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ١٨٦/١ ، الا أن الحنفية قالوا بالقياس على الجمع بعرفة . بداية المجتهد ١٨٤/١ . المغني لابن قدامة ٦٠٧/١ ، كشاف القناع ٢٦١/١ .

أدلّة المذهب الثّاني :

استدلّ الشّافعيّة القائلون باستحباب التّرتيب في قضاء الفوائت بالأدلّة الآتية من السنّة والقياس :

(أ) أمّا السنّة : فحديثان :

الأوّل : حديث جابر بن عبد اللّه السابق أنّ عُمَرَ بْنَ الخطّاب جَاءَ يَوْمَ الْخَنْدَقِ بَعْدَمَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ فَجَعَلَ يَسُبُّ كُفّارَ قُرَيْشٍ وَقَالَ : ... الحديث (١).

ووجه الدّلالة منه :

أنّ فعله صلّى اللّه عليه وسلّم المجرّد يدلّ على الاستحباب (٢)

ويجاب على استدلالهم هذا :

بأنّ هذه المسألة محلّها إذا لم يقترن بالفعل دليل على الوجوب فإذا اقترن دلّ على الوجوب ، وهاهنا قد اقترن بحديث (صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي) كما قدمنا .

والثّاني : حديث ابن مسعود السّابق أَنَّ الْمُشْرِكِينَ شَغَلُوا رَسُولَ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتٍ يَوْمَ الْخَنْدَقِ ... (٣)

ووجه الدّلالة منه لايختلف عن سابقه ويجاب عنه بما سبق .

(ب) وأمّا القياس :

فهو أنّ كلّ صلاة من الصّلوات الفائتة تعتبر عبادة مستقلة والتّرتيب إنّما وجب في الأداء لضرورة الوقت فإذا فات

---

(١) انظر : المجموع ٦٩/٣ . والحديث سبق تخريجه ص ١٠٢ .
(٢) انظر : المجموع للنووي ٦٨/٣، ٦٩ ، حاشية الرملي بهامش شرح روض الطالب ١٦٩/١ .
(٣) انظر : المهذب بشرح المجموع ٦٨/٣ ، والحديث سبق تخريجه ص ١٠٠

الوقت لم يجب التّرتيب كقضاء رمضان[1] .

وناقش الحنفيّة هذا الدّليل :

بأنّ قولهم إنّ كلّ صلاة عبادة مستقلة أو أصل بنفسها لاينافي أن تكون شرطا لغيرها إذا قام الدّليل على ذلك ، كالإيمان فإنّه أصل بنفسه ولايتبع لشيء ومع هذا هو شرط لصحّة جميع العبادات .

وأقرب من هذا أن تقديم الظّهر شرط لصحّة العصر في الجمع بعرفة فكذا هنا[2] .

التّرجيح :

وبهذا يظهر أنّ القول بوجوب التّرتيب في قضاء الفوائت هو الرّاجح .

وحري بالمسلم إذا تزاحمت عليه الفوائت أن يقضيها مرتبة كما قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم إلاّ أنّ هذا الوجوب يسقط بمسقطات بعضها متفق عليه ، وبعضها الآخر مختلف فيه . وأهمّ هذه المسقطات أذكرها فيما يلي :

مسقطات وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت :

المسقط الأوّل : النّسيان .

وهو عدم تذكّر الشّيء وقت الحاجة إليه وهو عذر سماوي مسقط للتّكليف .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ١٢٨/١ ، العزيز للرافعي ٥٢٥/٣ .
(٢) انظر : تبيين الحقائق للزيلعي ١٨٦/١ .

فمتى أدّى الإنسان الصّلاة الوقتيّة ناسياً للفائتة فإنّ صلاته صحيحة باتفاق الفقهاء ويسقط وجوب التّرتيب فى هذه الحال إلاّ أنّ المالكيّة قالوا : يعيد الصّلاة الّتى صلاّها فى الوقت بعد الفراغ من القضاء ندبا (١) .

أمّا لو تذكّر فى أثناء أداء الصّلاة الوقتيّة أنّه قد فاتته صلاة فهذا محل خلاف بين الفقهاء ويأتي فى المطلب التّالى .

وممّا يستدلّ به على سقوط وجوب التّرتيب بالنّسيان :

* قوله تعالى : {لَايُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا} (٢) .

فإنّ الإنسان لايقدر على الإتيان بالفائتة مع النّسيان ولايكلّف اللّه نفسا إلاّ وسعها (٣) .

* وماأخرجه البخارى بسنده إلى أنس بن مالك رضى اللّه عنه عن النّبى صلى اللّه عليه وسلم قال : (مَنْ نَسِيَ صَلَاةً فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا لَاكَفَّارَةَ لَهَا إِلَّا ذَلِكَ) (٤) .

وهذا الحديث يدلّ على أنّ الوقت إنّما يصير وقتا للفائتة بالتّذكر ومالم يتذكر الإنسان لايكون وقتا لها (٥) .

---

(١) انظر : ف : المبسوط ١٥٤/١ ، البحر الرائق ٨٩/٢ ، رد المحتار ٤٨٩/١ .
م : الشرح الصغير ٣٦٧/١ ، المقدمات ١٣٤/١ ، الفواكه الدوانى ٢٦٥/١ .
ل : الكافى لابن قدامة ٩٩/١ ، شرح منتهى الارادات ١٣٨/١ .

(٢) سورة البقرة : ٢٨٦

(٣) انظر : تبيين الحقائق ١٨٧/١ .

(٤) الحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحيهما الا أن مسلما أخرجه بسنده الى أبى هريرة .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من نسى صلاة فليصل اذا ذكرها ١٤٨/١ .
وصحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها ١٣٨/٢ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق ١٨٧/١ .

* وما أخرجه ابن ماجة وابن حبان والحاكم بسندهم إلى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم : (تَجَاوَزَ اللّهُ عَنْ أُمَّتِي ٱلْخَطَأَ وَٱلنِّسيانَ وَمَا ٱستُكْرِهُوا عَلَيهِ) (١) .

المسقط الثّاني : ضيق الوقت .

يسقط التّرتيب الواجب في قضاء الفوائت بضيق وقت المكتوبة بحيث لايتسع الباقي منه للفائتة والوقتيّة .

* وهذا في قول الحنفيّة ، وفي الظّاهر من مذهب الحنابلة إلاّ أنّهم مع اعتبارهم له مسقطا قال الحنفيّة : لو اشتغل بالتّرتيب هنا في هذا الفصل أجزأه مع الإثم (٢) .

وقال الحنابلة : تصحّ البداءة بغير الصلاة الحاضرة مع ضيق الوقت ويأثم من فعل ذلك (٣) .

* وأمّا المالكيّة : فيسقط عندهم وجوب التّرتيب بين الوقتيّة والفائتة عند ضيق الوقت إذا كانت الفوائت كثيرة

---

(١) انظر : الاختيار لتعليل المختار ٦٤/١ ، كشاف القناع ٢٦١/١ .
والحديث اخرجه ابن ماجة والحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه – واللفظ له – وأخرجه ابن حبان في صحيحه .
وفي الزوائد : ان هذا الحديث اسناده صحيح ان سلم من الانقطاع ، وذكر النووي في الروضة في تعليق الطلاق : ان هذا الحديث حديث حسن ثم قال : (والمختار أنه عام فيعمل بعمومه الا فيما دل دليل على تخصيصه كغرامة المتلفات) . اهـ
انظر : نصب الراية ٦٤/٢ ، سنن ابن ماجة – والتعليق عليها – كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ٦٥٩/١ والمستدرك للحاكم ، كتاب الطلاق ، ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ١٩٨/٢ ، الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، المناقب ، باب فضل الأمة ١٧٤/٩ ، روضة الطالبين ١٩٣/٨

(٢) انظر : تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ١٨٦/١ ، المبسوط ١٥٤/١ ، البحر الرائق ٨٨/٢ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٢٦١/١ ، المبدع ٣٥٦/١ .

– وهذا مسقط يأتي الكلام عنه – .

أمّا إذا كانت الفوائت يسيرة فيجب ترتيبها مع الوقتيّة وجوبا غير شرط فإن قدمت الوقتيّة على يسير الفوائت صحّت وأثم (١) .

وبهذا يظهر أنّ المالكيّة أوجبوا البداءة بغير الصّلاة الوقتيّة إذا كانت الفوائت يسيرة حتّى مع ضيق الوقت وصحح الحنفيّة والحنابلة ذلك مع الإثم .

وقد أحسن الحنفيّة والحنابلة في تعليلهم لسقوط وجوب التّرتيب بضيق الوقت : بأنّه ليس من الحكمة تدارك الفائتة بتفويت مثلها ولاسيما أنّ وقت الوقتيّة ثابت بالقطع وهو القرآن في قوله تعالى : {إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا} (٢) .

المسقط الثّالث : كثرة الفوائت .

وهذا مسقط للتّرتيب عند الحنفيّة والمالكيّة .

وحدّ الكثرة عندهم أن تصير الفوائت ستا لأنّ واحدة منها تصير مكررة .

وفي قول للمالكيّة : أن تصير خمسا وهو رواية عن محمد ابن الحسن من الحنفية (٣) .

واستدلّ الحنفيّة على ذلك :

---

(١) انظر : الشرح الصغير ٣٦٨/١ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٢٨/١ .

(٢) سورة النساء : ١٠٣
وانظر : البحر الرائق ٨٨/٢ ، تبيين الحقائق ١٨٦/١ ، المبسوط ١٥٤/١ ، كشاف القناع ٢٦١/١ ، المبدع ٣٥٦/١ .

(٣) انظر : ف : تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ١٨٧/١، ١٨٨ م : الشرح الصغير ٣٦٨/١ ، مقدمات ابن رشد ١٢٨/١، ١٣٤.

* بأنّه لووجب التّرتيب مع كثرة الفوائت لوقع النّاس في الحرج ، ومعلوم أنّ الحرج مدفوع بالنّص في قوله تعالى : {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}(١) .

* وبأن هذا يرجع إلى ضيق الوقت إذ الاشتغال بقضاء الفوائت عند كثرتها قد يؤدي إلى تفويت الوقتيّة وليس ذلك من الحكمة كما سبق(٢) .

---

(١) سورة الحج : ٧٨

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١/١٨٧،١٨٨ .

المطلب الثّاني : اجتماع الصّلاة الوقتيّة والفائتة

مما تتزاحم فيه حقوق اللّه تبارك وتعالى : اجتماع الصّلاة الوقتيّة والفائتة ، ويتصور اجتماعها في ثلاث حالات هي :

تذكّر الفائتة قبل الشّروع في الوقتيّة أو الحاضرة .
وتذكّرها في أثناء أداء الوقتيّة .
وتذكّرها بعد أداء الوقتيّة .

الحال الأولى : تذكّر الفائتة قبل الشّروع في الوقتيّة .

وفي هذه الحال إمّا أن يكون الوقت متسعاً وإمّا أن يكون ضيقا :

* فإن كان الوقت متّسعا (١) : يقال فيه ماقيل في وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت في المطلب السابق .

وإن كان الوقت ضيّقا بحيث يخشى فوت الوقتيّة : فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأوّل : أنّه يجب تقديم الوقتيّة .

وهو قول الجمهور من الحنفية والشّافعية والحنابلة في ظاهر مذهبهم .

---

(١) ومعنى اتساع الوقت : أنه يكفي لقضاء الفائتة وأداء الحاضرة ولو ركعة منها ، لما أخرجه البخاري ومسلم بسندهما الى أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة) .
انظر : المغني لابن قدامة ٣٧٧/١ .
والحديث : في صحيح البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة ١٤٥/١ .
وصحيح مسلم ، كتاب المساجد ، باب من أدرك ركعة من الصلاة ١٠٢/٢ .

فلو عكس الإنسان وأدّى الفائتة قبل الوقتيّة صحتا وأثم.(١)

واستدلوا على ذلك :

* بقوله تعالى : {إِنَّ ٱلصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا}(٢) .

وجه الدّلالـة : أنّ الآية تدلّ على أنّ هذا الوقت هو وقت للوقتيّة فإن قيل: خبر الواحد يدلّ على أنّه وقت للفائتة

وهو ما أخرجه مسلم بسنده إلى أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : (إِذَا رَقَدَ أَحَدُكُمْ عَنِ ٱلصَّلَاةِ أَوْ غَفَلَ عَنْهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا فَإِنَّ اللّهَ يَقُولُ: أَقِمِ ٱلصَّلَاةَ لِذِكْرِي)(٣) فجوابه: أنّ الكتاب مقدّم على خبر الآحاد(٤)

* ولئلا تصير الوقتيّة فائتة(٥) .

والقول الثّاني : أنّه يجب البداءة بالفوائت .

وهو رواية عن الإمام أحمد ، وهو المشهور عند المالكيّة إلاّ أنّ المالكيّة قيدوا ذلك بالفوائت اليسيرة فإنّه يجب البداءة بها عندهم وجوباً لا على جهة الشّرط وإن خرج وقت

---

(١) انظر : ف : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٨٦/١ ، المبسوط ١٥٤/١ ، البحر الرائق ٨٨/٢ .
ش : العزيز ٥٢٥/٣ ، شرح روض الطالب ١٦٩/١ ، روضة الطالبين ٢٦٩/١ .
ل : كشاف القناع ٢٦١/١ ، المبدع ٣٥٦/١ .

(٢) سورة النساء : ١٠٣

(٣) وفي لفظ آخر : (من نسي صلاة أو نام عنها فكفارتها أن يصليها إذا ذكرها) .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها ١٤٢/٢ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١٨٦/١.

(٥) انظر : شرح روض الطالب ١٦٩/١ ، العزيز ٥٢٥/٣ ، كشاف القناع ٢٦١/١ ، المبدع ٣٥٦/١ .

الحاضـــرة .(١)

ادلّة هذا القول :

* امّا الحنابلة : فإنّ هذه الرواية أخذت بعموم حديث (إِذَا رَقَدَ أَحَدُكُمْ عَنِ الصَّلَاةِ أَوْ غَفَلَ عَنْهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا)(٢) حتّى انّهم شبهوا تقديم الوقتيّة على الفائتة بتقديم السّجود على الرّكوع .(٣)

* وأمّا المالكيّة : فقد استدلّوا على قولهم :

بأنّ الحديث - السّابق - وإن كان عامّا في الفوائت القليلة والكثيرة لكن خصص الإجماع منه الصّلوات الكثيرة وبقي الحديث مستعملا في اليسيرة .(٤)

ويردّ على المالكيّة والحنابلة : بأنّ استدلالهم يعارضه ما استدلّ به أصحاب القول الأوّل من تقديم الآية على الحديث .

والّذي يظهر لي ترجيحه بعد هذا هو قول الجمهور .

والله أعلم .

الحال الثّانية : تذكّر الفائتة في أثناء أداء الوقتيّة .

ممّا يحصل فيه التّزاحم بين الفائتة والوقتيّة : ما إذا تذكّر المصلّي انّ عليه فوائت في اثناء اداء الوقتيّة .

فإن كان وقت الحاضرة ضيّقا بحيث لايتسع لسواها : يقال

---

(١) انظر : ل : المبدع ٣٥٦/١ ، المغني ٦١٠/١، ٦١١ .
م : الشرح الصغير ٣٦٧/١، ٣٦٨ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٢٨/١ .
(٢) سبق تخريجه ص ١١١ .
(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٦١١/١ ، المبدع ٣٥٦/١ .
(٤) انظر : مقدمات ابن رشد ١٣٤/١، ١٣٥ .

فيه ماقيل في المسقط الثّاني من مسقطات وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت .

وكذلك إذا كان ماتذكّره المصلّي من الفوائت كثيرا : يقال فيه ماقيل في المسقط الثّالث من تلك المسقطات .

أمّا إذا كان وقت الحاضرة متسعا : فقد اختلف الفقهاء في هذه بناء على الخلاف في وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت :

(أ) فالقائلون بعدم وجوبه وهم الشّافعيّة والظّاهرية ثبتوا على أصلهم وأوجبوا على المصلي إتمام الحاضرة في هذه الحال إلاّ أنّ الشّافعيّة استحبوا إعادة الصّلاة الوقتيّة بعد قضاء الفائتة خروجا من الخلاف .(١)

واستدلّوا على وجوب إتمام الحاضرة بأدلّة أهمّها :

(١) قوله تعالى : {وَلَاتُبْطِلُوٓاْ أَعْمَالَكُمْ}(٢) .

فالمتذكّر للفوائت في أثناء أداء صلاته عليه أن يتمّ صلاته لأنّه في عمل قد نهي عن إبطاله(٣) .

(٢) وعموم حديث : (صَلُّوا مَاأَدْرَكْتُمْ ثُمَّ اقْضُوا مَافَاتَكُمْ)(٤) .

---

(١) انظر : ش : مغني المحتاج ١٢٨/١ ، العزيز ٥٢٥/٣ ، المجموع ٧٠/٣ .
ظ : المحلى ١٧٩/٤ .
(٢) سورة محمد : ٣٣ . وانظر : المحلى ١٨٠/٤ .
(٣) انظر : المحلى ١٨٠/٤ .
(٤) انظر : سنن البيهقي ٢٢١/٢ .
والحديث صحيح ـ وهو جزء من حديث ـ اخرجه مسلم لكن بلفظ : (... فصل ماادركت واقض ماسبقك) .
واخرجه احمد والنسائي والبيهقي والدارقطني بهذا اللفظ .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب استحباب اتيان الصلاة بوقار وسكينة والنهي عن اتيانها سعيا ٩٩/٢ .
مسند الامام احمد ، مسند أبي هريرة رضي الله عنه ٤٨٩،٣١٨،٢٧٠،٢٣٨/٢ .
سنن النسائي ، كتاب الإمامة ، السعي الى الصلاة ١١٤/٢ .
وسنن البيهقي ، كتاب الصلاة ، من ذكر صلاة وهو في أخرى ٢٢١/٢ .
وسنن الدارقطني ، كتاب الصلاة ، باب الرجل يذكر صلاة وهو في أخرى ٤٢١/١ .

(ب) وأمّا القائلون بوجوب التّرتيب فى قضاء الفوائت : ففي هذه الحال تبطل فرضيّة الصّلاة الحاضرة عندهم على خلاف بينهم فى هذا البطلان :

* فقد قال ابو حنيفة رحمه اللّه : تبطل بطلاناً موقوفاً لايحكم بصحّته وبطلانه حتّى لو صلّى بعده ستّ صلوات - بدخول وقت السّادسة - أو أكثر ولم يقض الفائتة انقلب الكلّ جائزا ، ولو قضى الفائتة قبل أن يمضى ستة أوقات : بطل وصف الفرضيّة وانقلب نفلا (١) .

ونظير ذلك : تعجيل الزّكاة إلى الفقير يتوقف فإن بقي النّصاب إلى تمام الحول صار الكلّ فرضا وإن نقص وتمّ الحول على النقصان صار نفلا (٢) .

* وقال المالكيّة والحنابلة والصّاحبان من الحنفيّة : تبطل فرضية الصّلاة فى هذه الحال بطلانا باتّا بناء على أدلّة وجوب التّرتيب فى قضاء الفوائت على جهة الشّرطيّة (٣) .

إلاّ انّ المالكيّة استثنوا من ذلك صورتين :

الأولى : ما إذا ادّى المصلّى اكثر صلاته كما إذا أدّى ركعتين من الفجر وركعتين من المغرب وثلاثا من الظّهر أو العصر او العشاء فإنّه يتمّها بنيّة الفريضة وجوباً لأنّ ماقارب الشّيء يعطى حكمه (٤) .

---

(١) انظر : مجمع الأنهر ١/١٤٤ ، تبيين الحقائق ١/١٩٠ .
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١/١٩١ .
(٣) انظر : م : الشرح الصغير وحاشية الصاوى ١/٣٦٨ ، الشرح الكبير ١/٢٦٦ ، شرح الزرقانى على خليل ١/٢٢٨، ٢٢٩ .
ل : كشاف القناع ١/٢٦٢ ، شرح منتهى الارادات ١/١٣٩ .
ف : مجمع الأنهر ١/١٤٤ ، تبيين الحقائق ١/١٩٠ .
(٤) انظر : المراجع السابقة للمالكية .

والثّانية : ما إذا كان المصلّى مأموما فإنّه يكمل صلاته الحاضرة وجوباً لأنّه من مساجين الإمام ثم يعيد ندبا بعد إتيانه بالفوائت اليسيرة (١) .

كما أنّ الحنابلة استثنوا من بطلان الفرضية بطلانا باتا صلاة إمام الجمعة فلاتبطل صلاته بتذكر الفائتة (٢) .

والّذى يظهر لى فى تعليل ذلك هو : أنّ القول بالبطلان فى هذه الحال يؤدّى إلى بطلان صلاة الجمّ الغفير من النّاس .

هذا وبعد اتفاق السّابقين من المالكيّة والحنابلة والصّاحبين من الحنفيّة على بطلان وصف الفرضية اختلفوا فيما يترتّب على ذلك :

- فقال أبو يوسف رحمه اللّه : يفسد وصف الفرضيّة وتنقلب الصّلاة نفلا (٣) .

ووافقه المالكيّة فيما إذا كان المصلّى قد أدّى ركعة فإنّه يندب له أن يشفعها بأخرى بنيّة النّفل ، وأمّا إذا أدّى أقلّ من ركعة فإنّه يقطعها بسلام لأنّها منعقدة (٤) .

ووافقه الحنابلة فيما إذا لم يكن المصلّى إماما ، أمّا الإمام فيقطع صلاته فى هذه الحال لئلا يلزم اقتداء المفترض

---

(١) انظر : المراجع السابقة للمالكية أيضا والفواكه الدوانى ٢٣٦/١ .
والظاهر أن مرادهم بمساجين الامام من يجب عليه اتباعه ويحرم عليه القطع لحديث (من نسى صلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليتم صلاته فاذا فرغ من صلاته فليعد التى نسى ثم ليعد التى صلاها مع الامام) .
وهذا الحديث سبق تخريجه ص ١٠٢،١٠٣ فى أدلة القائلين بوجوب الترتيب فى قضاء الفوائت .
(٢) انظر : كشاف القناع ٢٦٢/١ .
(٣) انظر : تبيين الحقائق ١٩٠/١ ، مجمع الأنهر ١٤٤/١ .
(٤) انظر : شرح الزرقانى على خليل ٢٢٩/١ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٣٦٩/١ .

بالمتنفل .[1]

- وقال محمّد بن الحسن رحمه الله : يبطل أصل الصّلاة لأنّه إذا بطل وصف الفرضيّة بطلت التّحريمة لأنّها تعقد للفرض .[2]

تعقيب :

والّذي يظهر لي بعد عرض أقوال الفقهاء السّابقة هو :

انّ من تذكّر فائتة وهو في حاضرة فعليه أن يتمّ الحاضرة سواء أكان إماما أم مأموما أم منفردا وتكون صلاته هذه نافلة وعليه أن يعيدها ولايلزم الإمام قطعها لأنّه يصحّ اقتداء المفترض بالمتنفل في الرّاجح من أقوال العلماء . ومما يدلّ على ذلك :

أولا : قوله تعالى : {وَلَاتُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ}[3] .

وهو دليل على أنّه يجب على المصلّي أن يتمّ صلاته ولايقطعها وإن كان إماما .

ثانيا : قوله صلّى الله عليه وسلّم : (مَنْ نَسِيَ صَلَاةً فَلَمْ يَذْكُرْهَا إِلاَّ وَهُوَ مَعَ الإِمَامِ فَلْيُتِمّ صَلَاتَهُ ، فَإِذَا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ فَلْيُعِدِ ٱلَّتِي نَسِيَ ، ثُمَّ لِيُعِدِ ٱلَّتِي صَلَّاهَا مَعَ الإِمَامِ)[4] .

فالظّاهر من أمره صلّى الله عليه وسلّم بإتمام الصّلاة : أنّها صحيحة إذ لايأمر بإتمام الباطلة ، كما أنّ أمره بالإعادة يدلّ على أنّ الصّلاة الأولى كانت نافلة وعليه إعادة الفريضة . وقد ورد ذلك في صلاة المأموم فيقاس عليه الإمام

---

(١) انظر : شرح منتهى الارادات ١٣٩/١ ، كشاف القناع ٢٦٢/١
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٩٠/١ ، مجمع الأنهر ١٤٤/١ .
(٣) سورة محمد : ٣٣
(٤) هذا الحديث سبق تخريجه ص ١٠٣ في أدلة القائلين بوجوب الترتيب في قضاء الفوائت .

والمنفرد .

وثالثا : ماأخرجه مسلم وأبو داود بسندهما إلى جابر ابن عبد الله رضي الله عنه أنّ النّبي صلّى الله عليه وسلّم صَلَّى فِي ٱلْخَوفِ رَكْعَتَيْنِ ثُمَّ تَأَخَّرُوا وَصَلَّى بِالطَّائِفَةِ ٱلأُخْرَى رَكْعَتَينِ فَكَانَتْ لِرَسُولِ اللّهِ صَلّى اللّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أَرْبَعُ رَكَعَاتٍ وَلِلْقَومِ رَكْعَتَانِ (١) .

قال النووي (٢) رحمه الله : (معناه صلّى بالطّائفة الأولى ركعتين وسلّم وسلّموا وبالثّانية كذلك وكان النّبي صلّى الله عليه وسلّم متنفلا في الثّانية وهم مفترضون) (٣) .

ورابعا : ماأخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى جابر بن عبد الله رضي الله عنه : أَنَّ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ كَانَ يُصَلِّي مَعَ النَّبِي صَلَّى اللّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ يَأْتِي قَوْمَهُ فَيُصَلِّي بِهِمُ ٱلصَّلاةَ فَقَرَأَ بِهِمُ ٱلْبَقَرَةَ قَالَ فَتَجَوَّزَ رَجُلٌ فَصَلَّى صَلاةً خَفِيفَةً فَبَلَغَ ذَلِكَ مُعَاذاً فَقَالَ : إِنَّهُ مُنَافِقٌ فَبَلَغَ ذَلِكَ الرَّجُلَ فَأَتَى ٱلنَّبِيَ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : يَارَسُولَ اللّهِ إِنَّا قَوْمٌ نَعْمَلُ بِأَيْدِينَا وَنَسْقِي بِنَوَاضِحِنَا وَإِنَّ مُعَاذاً صَلَّى بِنَا ٱلْبَارِحَةَ فَقَرَأَ

---

(١) هذا الحديث صحيح أخرجه مسلم وأبو داود واللفظ لمسلم.
انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الصلاة ، باب صلاة الخوف ١٢٩/٦ .
سنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب الصلاة ، باب من قال يصلي بكل طائفة ركعتين ٤٠/٢ .

(٢) النووي : هو أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي علامة بالفقه والحديث . مولده في نوى من قرى حوران بسورية سنة ٦٣١هـ وإليها نسبته . له تصانيف منها : شرح صحيح مسلم ، ومنهاج الطالبين ، وشرح المهذب ، والروضة ، والأربعون حديثا النووية ، والأذكار . توفي سنة ٦٧٦هـ
انظر : طبقات الشافعية الكبرى ١٦٥/٥ ، طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٦٨ ، تذكرة الحفاظ ١٤٧٠/٤ ، الأعلام ٣٥٤/٥ .

(٣) انظر : شرح النووي على صحيح مسلم ١٢٩/٦،١٣٠ .

ٱلْبَقَرَةَ فَتَجَوَّزْتُ فَزَعَمَ أَنِّى مُنَافِقٌ فَقَالَ ٱلنَّبِىُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَامُعَاذُ أَفَتَّانٌ أَنْتَ ثَلاثاً ٱقْرَأْ وَٱلشَّمْسِ وَضُحَاهَا وَسَبِّحِ ٱسْمَ رَبِّكَ ٱلأَعْلَى وَنَحْوَهُمَا (١) .

وفي رواية عند الشافعي والدارقطني : (هِيَ لَهُ تَطَوُّعٌ وَلَهُمْ مَكْتُوبَةٌ) (٢) . أي صلاة معاذ .

وهذا يدلّ على جواز اقتداء المفترض بالمتنفل (٣) وقد علم النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم بالأمر وأقرّه كما ظهر ذلك من حديث جابر .

ومعنى ذلك : أنّ الإمام إذا ذكر أنّ عليه فائتة أتمّ صلاته بناء على ماسبق وتكون له نافلة وتكون صلاة من خلفه صحيحة .

وخامسا : أنّ قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ نَسِيَ صَلَاةً فَلْيُصَلِّ إِذَا ذَكَرَ) (٤) يمكن أن يقال فيه : إنّ محلّه إذا لم يكن المسلم في صلاة فإن كان فيها أتمّها للأدلّة السّابقة . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : صحيح البخاري (واللفظ له) ، كتاب الأدب ، باب من لم ير اكفار من قال ذلك متاولا أو جاهلا ٩٧/٧ .
صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب القراءة في العشاء ٤١/٢، ٤٢ .

(٢) انظر : مسند الامام الشافعي ، كتاب الامامة ص ٥٧ .
وسنن الدارقطني مع التعليق المغني ، كتاب الصلاة ، باب ذكر صلاة المفترض خلف المتنفل ٢٧٤/١، ٢٧٥ .

(٣) وبهذا قال الشافعية والظاهرية وهو الراجح عند الحنابلة وعليه قامت الأدلة المذكورة .
انظر : ش : الأم ١٥٢/١ ، المجموع ٢٦٩/٤ ، مغني المحتاج ٢٥٣/١ .
ل : المغني ٢٢٥/٢ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤٨/٢٣ .
ظ : المحلى ٢٢٥/٤، ٢٢٦ .

(٤) الحديث صحيح وقد سبق تخريجه ص ٩٥ .

الحال الثّالثة : تذكّر الفائتة بعد أداء الحاضرة .

وقد سبق الكلام عن هذه الحال في المسقط الأوّل من مسقطات وجوب التّرتيب في قضاء الفوائت وهو النّسيان .

وظهر هناك أنّ الفقهاء يعتبرون أداء الحاضرة صحيحا في هذه الحال واستحبّ المالكيّة أن تعاد في الوقت بعد قضاء الفائتة (١) .

---

(١) انظر ماسبق ص ١٠٦،١٠٥ .

المبحث الثالث

اجتماع صلاة الجنازة[(١)] مع غيرها من الصلوات

تمهيد :

الصلاة على الجنازة فرض كفاية[(٢)] .

أما فرضيتها :

- فلأن الله أمر بها في قوله عز وجل : {وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ}[(٣)] .

والأمر للوجوب والحمل على المفهوم الشرعي أولى ما أمكن وقد أمكن بجعلها صلاة الجنازة[(٤)] .

- كما أن الشارع أمر بالصلاة على الجنازة في عدة أحاديث منها :

ما أخرجه البخاري بسنده إلى سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : - في الميت الذي

---

(١) الجنازة - بكسر الجيم وفتحها - لغتان مشهورتان ، وقيل بالفتح للميت ، وبالكسر للنعش وعليه الميت وقيل عكسه . والجمع جنائز - بفتح الجيم لاغير - .
انظر : القاموس المحيط ، باب الزاى ، فصل الجيم ، مادة (جنز) .

(٢) انظر : فتح القدير وشرح العناية ١١٦/٢ .
الشرح الصغير ٥٤٣/١ وقال أصبغ من المالكية : انها سنة .
مغني المحتاج ٣٣٢/١ ، روضة الطالبين ٩٨/٢ ، كشاف القناع ٨٥/٢ .

(٣) سورة التوبة : ١٠٣

(٤) انظر : فتح القدير وشرح العناية ١١٦/١، ١١٧ .

كان عليه دين - (... صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ)(١) .

- وقد نقل الإجماع على وجوب الصّلاة على الميّت(٢) اللّهم إلاّ ماحكي عن أصبغ(٣) من المالكيّة انّه قال بسنيّتها .

وامّا أنّ الصّلاة على الجنازة فرض كفاية :

فلقوله صلّى اللّه عليه وسلّم فى الحديث السّابق (صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُم) ولو كان فرض عين لم يتركه عليه الصّلاة والسّلام(٤) .

هذا وقد تجتمع صلاة الجنازة مع ماهو فرض عين من الصّلوات .

وقد تجتمع مع ماهو فرض كفاية .

وقد تجتمع مع ماهو سنّة مؤكّدة .

وعندئذ يقال : أيّها أولى بالتّقديم ؟

وللإجابة على ذلك أعرض كلّ حال من هذه الحالات فى المطالب الآتية :

---

(١) انظر : صحيح البخارى ، باب الكفالة فى القرض والديون بالأبدان وغيرها ، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع ٥٧/٣ .
وأخرجه مسلم بسنده الى ابى هريرة .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته ٦٢/٥ .

(٢) انظر : المجموع ٢١١/٥ ، شرح العناية على الهداية ١١٧/٢ ، مراتب الاجماع لابن حزم ص ٣٤ .

(٣) انظر : المنتقى للباجى ١١/٢ .
وأصبغ هو : أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع أبو عبد الله الأموى مولاهم المصرى المالكى ، مولده بعد الخمسين ومئة . طلب العلم وهو شاب كبير ففاته مالك والليث وكان مفتى الديار المصرية حتى قال بعض العلماء : ماأخرجت مصر مثل أصبغ. توفى سنة ٢٢٥هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٦٥٦/١٠ ، وفيات الأعيان ١٠١/١ الديباج المذهب ٢٩٩/٢ ، الأعلام ٣٣٣/١ .

(٤) انظر : فتح القدير ١١٦/٢ .

المطلب الأوّل : اجتماع صلاة الجنازة مع ماهو فرض عين

قد تتزاحم صلاة الجنازة مع ماهو فرض عين من الصّلوات : كالمكتوبات الخمس الّتي جاء فيها الحديث الّذي أخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى طلحة بْنِ عُبَيْدِ اللّهِ رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ أَهْلِ نَجْدٍ ثَائِرُ الرَّأْسِ نَسْمَعُ دَوِيَّ صَوْتِهِ وَلَانَفْقَهُ مَايَقُولُ حَتَّى دَنَا فَإِذَا هُوَ يَسْأَلُ عَنِ الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (خَمْسُ صَلَوَاتٍ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ ، قَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ، قَالَ لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ ...) (١).

وكالجمعة التي جاء فيها قوله تعالى : {يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓا۟ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ ...} (٢).

وقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي أخرجه مسلم بسنده الى ابْنِ عمرَ وأبي هريرةَ رَضِيَ اللّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا سَمِعَا رَسُولَ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ عَلَى أَعْوَادِ مِنْبَرِهِ : لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ ٱلْجُمُعَاتِ أَوْ لَيَخْتِمَنَّ اللّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ ثُمَّ لَيَكُونُنَّ مِنَ ٱلْغَافِلِينَ) (٣).

وقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي أخرجه أبو داود بسنده الى طارق بن شهاب (٤) أنّ النّبيّ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ

---

(١) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الايمان ، باب الزكاة من الاسلام ١٧/١ . (واللفظ له)
وصحيح مسلم ، كتاب الايمان ، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الاسلام ٣١/١ .

(٢) سورة الجمعة : ٩

(٣) انظر : صحيح مسلم ، كتاب الجمعة ، باب التغليظ في ترك الجمعة ١٠/٣ .

(٤) هو طارق بن شهاب بن عبدشمس البجلي الأحمسي أبو عبد الله الكوفي . قال أبو داود : رأى النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه ، مات سنة ٨٢ أو ٨٣هـ .
انظر : تقريب التهذيب ٣٧٦/١ .

قَالَ : (اَلْجُمُعَةُ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ فِي جَمَاعَةٍ إِلاَّ أَرْبَعَةً : عَبْدٌ مَمْلُوكٌ ، أَو اَمْرَأَةٌ ، أَوْ صَبِيٌّ ، أَوْ مَرِيضٌ) (١) .

فعندما تتزاحم صلاة الجنازة مع فرض العين :

إمّا أن يكون وقت المكتوبة ضيّقا لايسعهما معا ، وإمّا أن يكون متّسعا .

* فإن كان الوقت ضيّقا : فعندئذ يقال تزاحم فرض العين مع فرض الكفاية فيقدّم فرض العين وهو الصّلاة المكتوبة أو الجمعة ، على فرض الكفاية وهو الجنازة .

وذلك لأنّ طلب الفعل من جميع المكلّفين يقتضي أرجحيّته على ماطلب من البعض فقط (٢) .

* وإن كان الوقت متّسعا : قدّمت الجنازة على ماهو فرض عين من الجمعة أو المكتوبات .

وذلك لأنّ وقت الفرض متّسع ووقت الجنازة هو وقت حضورها فلاتؤخّر خشية تغير الميت .

وهذا هو قول جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه وقال : طارق بن شهاب قد رأى النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه شيئا .
قال النووي في مجموعه : (هذا الذي قاله أبو داود لايقدح في صحة الحديث لأنه ان ثبت عدم سماعه يكون مرسل صحابي ، ومرسل الصحابي حجة عند أصحابنا وجميع العلماء الا أبا اسحاق الاسفراييني) .
انظر : سنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب الصلاة ، باب الجمعة للمملوك والمرأة ٦٤٤/١ ، المجموع ٤٨٣/٤ .
وأبو اسحاق الاسفراييني هو : ابراهيم بن محمد بن ابراهيم بن مهران الاسفراييني الأصولي الشافعي الملقب ركن الدين أحد المجتهدين في عصره ، فقيه محدث ، من تصانيفه : الجامع في أصول الدين والرد على الملحدين . توفي سنة ٤١٨هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٣٥٣/١٧ .

(٢) انظر : الفروق للقرافي ٢٠٣/٢ .

والشّافعيّة (١) .

وفرّق الحنابلة بين ما إذا اجتمعت الجنازة مع صلاة الجمعة وبين ما إذا اجتمعت مع الصّلوات المكتوبة .

فإن اجتمعت مع الجمعة : قدّمت الجنازة بشرط أن يؤمن فوت الجمعة وألا يكون قد شرع في خطبتها لمشقّة الانتظار بالميّت إلى الانتهاء من الخطبة والصّلاة (٢) .

وأمّا إن اجتمعت مع إحدى المكتوبات : قدّمت الصّلاة المكتوبة إلاّ الفجر والعصر فلايقدّمان على الجنازة لأنّ مابعدهما وَقْتُ نُهِيَ عن الصّلاة فيه .

وعلّلوا تقديم المكتوبة على الجنازة : بأنّها أهمّ وأيسر والجنازة يتطاول أمرها والاشتغال بها لأنّ مصلّي الفريضة هم القائمون بأمر الجنازة غالبا فإن قدّم جميع أمر الجنازة على المكتوبة أفضى إلى تفويتها ، وإن صلّى عليها ثم انتظر فراغ المكتوبة لم يعد تقديمها شيئا إلاّ في الفجر والعصر فلايقدمان حتى لاتقع صلاة الجنازة في وقت النهي (٣) .

أمّا إذا أدّيت الفجر والعصر وحضرت الجنازة بعد ذلك فإنّه يصلّى عليها حتّى تطلع الشّمس في الفجر وحتّى تميل للغروب في العصر .

---

(١) انظر : ف : الدر المختار ٥٥٦/١ .
م : مواهب الجليل للحطاب ٢٠٤/٢ ، الفروق للقرافي ٢٠٣/٢ .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، مغني المحتاج ٣٢٠/١ .
(٢) انظر : كشاف القناع ٦٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣١٤/١
(٣) انظر : كشاف القناع ٦٥/٢ ، المغني لابن قدامة ٥٥٤/٢ .

وذلك للإجماع على إباحة صلاة الجنازة بعد الصبح والعصر ولأنّهما وقتان طويلان فالانتظار فيهما يضرّ بالميّت (١) .

والّذى يظهر لي أنّ القيود الّتى وضعها الحنابلة أولى بالأخذ للمبررات الّتى قالوها . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ١١٠/٢ ، الكافى لابن قدامة ٢٤٤/١ ، المجموع للنووى ١٧٢/٤ ، فقد نقل هذا الاجماع أيضا .

المطلب الثاني : اجتماع صلاة الجنازة مع ماهو فرض كفاية

قد تجتمع صلاة الجنازة مع ماهو فرض كفاية من الصلوات كصلاة العيد على القول بفرضيتها على الكفاية .

وهو الظاهر عند الحنابلة وهو قول للمالكية والشافعية [(١)]

واستدلوا على ذلك :

بمداومة النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده عليها .

ولأنها من أعلام الدين الظاهرة وفي تركها تهاون بالدين فكانت واجبة بدليل قتال أهل بلدة اتفقوا على تركها .

ولكنها لاتجب على الأعيان لحديث الأعرابي السابق وفيه (لا . إلاّ أنْ تَطَوَّعَ) [(٢)] .

---

(١) انظر : ل : كشاف القناع ٥٠/٢ ، المغني لابن قدامة ٣٦٧/٢ .
م : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٩٦/١ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥٢٣/١ .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، مغني المحتاج ٣١٠/١ .

(٢) انظر الحديث وتخريجه في المطلب السابق ص ١٢٢ .
وهناك قولان آخران للفقهاء في حكم صلاة العيد :
أحدهما : انها سنة مؤكدة وهو قول للمالكية وللشافعية وحجتهم في ذلك مواظبته صلى الله عليه وسلم عليها وحديث الأعرابي السابق .
والثاني : انها واجبة على من تجب عليه الجمعة . وهو قول الحنفية واستدلوا على ذلك : بمواظبته صلى الله عليه وسلم عليها من غير ترك .
قالوا : وحديث الأعرابي اما لم يكن عمله لأنه من أهل البوادي ولاصلاة عيد فيها أو كان قبل وجوبها .
انظر : ف : فتح القدير ، العناية على الهداية ٧١/٢ .
م ، ش : انظر المراجع السابقة لهم .

والحكم في هذه المسألة : أن يعمل بالتّرجيح لتزاحم فرضي الكفاية .

وههنا : تترجح صلاة الجنازة لأنّه يخاف تغيّر الميّت . فتقدّم على صلاة العيد في المثال السّابق (١) .

ونصّ الشّافعية على أنّ الإمام يشتغل بعدها بالصّلاة الأخرى ولايشيعها بل يشيّعها غيره (٢) .

وأمّا إن قلنا إنّ صلاة العيد واجب علينا كما هو قول الحنفيّة فالحكم فيها هو الحكم في المطلب السّابق فتقدّم صلاة العيد عليها (٣) .

غير أنّ بعض الحنفيّة لم يرتض التّرجيح في هذه المسألة بناء على حكم الصّلاتين بل وضع مرجّحات أخرى هي :

الأوّل : أنّ صلاة العيد تؤدّى بجمع عظيم يخشى تفرّقه إن اشتغل الإمام بالجنازة .

والثّاني : أنّ العيد تقدّم خوفا من التّشويش على الجماعة بأن تظن صلاة الجنازة هي صلاة العيد (٤) .

والّذي يظهر لي في حال تزاحم صلاة الجنازة مع صلاة العيد هو تقديم صلاة العيد . وأنّ الأمر ليس مبنيّا على حكم الصّلاتين بل هو مبني على المصلحة . ولاشكّ أنّ مصلحة جماعة المسلمين مقدّمة على الميّت ولكن ينبغي استثناء حال الخوف على الميّت فتقدّم عندئذ صلاة الجنازة للضّرورة . والله أعلم .

---

(١) انظر : م : التاج والاكليل للمواق ٢٠٤/٢ .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، مغني المحتاج ٣٢٠/١ .
ل : كشاف القناع ٦٥/٢ .
(٢) انظر : المراجع السابقة للشافعية .
(٣) انظر : الدر المختار ورد المحتار ٥٥٥/١ .
(٤) انظر : رد المحتار ٥٥٥/١ .

المطلب الثّالث : اجتماع صلاة الجنازة مع ماهو سنّة مؤكدة

إذا اجتمعت صلاة الجنازة مع ماهو سنّة مؤكّدة من الصّلوات : قدّمت الجنازة لأنّها فرض كفاية .

ومن أمثلة ذلك :

(أ) ما إذا اجتمعت الجنازة مع صلاة الكسوف : تقدّم صلاة الجنازة قولا واحدا .

وذلك : بناء على التّرجيح بالحكم فيقدّم فرض الكفاية على السنّة المؤكّدة .

ولأنّه ربّما يتغيّر الميّت بالانتظار لطول صلاة الكسوف فقدّمت الصّلاة عليه إكراما له (١) .

(ب) ما إذا اجتمعت صلاة الجنازة مع صلاة العيد على القول بأنّها سنّة مؤكدة . وهو قول للمالكية وللشافعيّة : فإنّ صلاة الجنازة مقدّمة أيضا (٢) .

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ٥٥٦/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٠ .
م : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٠٤/١ ، مواهب الجليل ٢٠٤/٢ . وفيه : (تقدم الجنازة على الخسوف الا ان يضيق وقته) .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٣٥ ، مغنى المحتاج ٣٢٠/١ .
ل : المغنى لابن قدامة ٤٢٨/٢ ، كشاف القناع ٦٥/٢ .

(٢) انظر : المطلب السابق .

المبحث الرابع

اجتماع الكسوف أو الخسوف مع الصلوات

المشهور في استعمال الفقهاء أنّ الكسوف للشمس ، والخسوف للقمر .

وهذا هو الأفصح لغة كما في الصحاح .

وقيل : يقال بهما في كل منهما وبه جاءت الأحاديث[(١)] .

وقد تواترت السنن عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم بالأمر بالصّلاة عند الكسوف والخسوف ، واجمع المسلمون على مشروعيّة هذه الصّلاة دون حكمها وصفتها .

ومن الأحاديث الواردة في ذلك :

* ما اخرجه البخاري بسنده إلى المغيرة بن شعبة قال : انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم فقال النّاس انكسفت لموت إبراهيم فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِنَّ ٱلشَّمْسَ وَٱلْقَمَرَ آيَتَانِ مِنْ آيَاتِ اللّهِ لَايَنْكَسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلَالِحَيَاتِهِ فَإِذَا رَأَيْتُمُوهُمَا فَٱدْعُوا اللّهَ وَصَلُّوا حَتَّى يَنْجَلِيَ)[(٢)] .

وفي لفظ عند البخاري أيضا : (فَإِذَا رَأَيْتُمُوهُمَا فَافْزَعُوا إِلَى ٱلصَّلَاةِ)[(٣)] .

---

(١) فتح الباري ٥٣٥/٢ .
وانظر : مجمع الأنهر ١٣٨/١ ، الفواكه الدواني ٣٢٣/١ ، مغني المحتاج ٣١٦/١ ، كشاف القناع ٦٠/٢ ، الصحاح للجوهري : مادة (خسف) باب الفاء ، فصل الخاء ، ومادة (كسف) باب الفاء ، فصل الكاف .

(٢) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الكسوف ، باب الدعاء في الخسوف ٣٠/٢ .

(٣) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري بسنده الى عائشة .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الكسوف ، باب خطبة الامام في الكسوف ٢٥/٢ ، وفي الباب الذي يليه ٢٦/٢ .

* وما أخرجه مسلم بسنده إلى أبي مسعود الأنصاري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إِنَّ الشَّمسَ وَالْقَمَرَ آيَتَانِ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ يخوف اللَّهُ بِهِمَا عِبادَهُ ، وَإِنَّهُمَا لَايَنْكَسِفَانِ لِمَوتِ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ فَإِذَا رَأَيْتُم مِنها شيئا فَصَلُّوا وَادْعُوا اللَّهَ حَتَّى يُكْشَفَ مَابِكُمْ) (١) .

وصلاة الكسوف أو الخسوف : سنّة مؤكّدة عند جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة . وهناك قول عند بعض الحنفيّة انّها واجبة للأمر في الأحاديث السابقة وهو للوجوب (٢) .

ويردّ هذا القول : حديث الاعرابي السّابق وفيه : (لَا. إِلاَّ أَنْ تَطَوَّع) (٣) .

وللمالكيّة قولان في أنّها سنّة عينية أو كفائية والمشهور عندهم هو الأوّل (٤) .

هذا واذا اجتمعت صلاة الكسوف أو الخسوف مع غيرها من الصّلوات : فقد ذكر النّووي وابن قدامة (٥) رحمهما الله ضابطاً

---

(١) انظر : صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب صلاة الكسوف، ذكر النداء بصلاة الكسوف الصلاة جامعة ٣٥/٢

(٢) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٢٨/١ ، فتح القدير ٨٤/٢ .
م : الشرح الصغير ٥٣٢/١ ، الفواكه الدواني ٣٢٣/١ .
ش : مغني المحتاج ٣١٦/١ .
ل : كشاف القناع ٦٠/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣١١/١ .

(٣) سبق تخريجه ص ١٢٢ .

(٤) انظر : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥٣٢/١ ، شرح الزرقاني على خليل ٧٧/٢ ، الفواكه الدواني ٣٢٣/١ .

(٥) ابن قدامة هو : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الحنبلي أبو محمد موفق الدين فقيه من أكابر الحنابلة . روي عن ابن تيمية أنه قال : (مادخل الشام - بعد الأوزاعي - أفقه من الشيخ الموفق) . له تصانيف كثيرة منها : المغني شرح به مختصر الخرقي ، وروضة الناظر ، والكافي ، والعمدة ولد في جماعيل من قرى نابلس بفلسطين سنة ٥٤١هـ ، وتوفي في دمشق سنة ٦٢٠هـ .
انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ١٣٣/٤ ، سير أعلام النبلاء ١٦٥/٢٢ ، الأعلام ٦٧/٤ .

لما يقدم من تلك الصّلاتين وهو :

أنّه يبدأ بأخوفهما فوتا .

فإن خيف فوتهما يبدأ بالصّلاة الواجبة .

فإن لم يكن فيهما واجبة يبدأ بآكدهما (١) .

ويتوقّف ذلك على معرفة وقت كلّ صلاة من الصّلوات المجتمعة لاسيّما وأنّنا في عمر تقدّم فيه علم الفلك فصار يمكن الظنّ بتلك الأوقات حتّى الكسوف والخسوف ، ورحم اللّه ابن تيمية إذ يقول : (العلم بالعادة في الكسوف والخسوف يعرفه من يعرف حساب جريانهما وليس خبر الحاسب بذلك من علم الغيب ... بل هو مثل العلم بأوقات الفصول .. وإذا تواطأ أهل الحساب على وقت الكسوف والخسوف فلايكادون يخطئون ، ومع هذا فلايترتب على خبرهم علم شرعي فإن صلاة الكسوف والخسوف لاتصلّى إلا إذا شاهدنا ذلك) (٢) . ثم يستطرد قائلا : (وإذا جوّز الإنسان صدق المخبِر بذلك أو غلب على ظنّه فنوى أن يصلي الكسوف أوالخسوف عند ذلك واستعدّ في ذلك الوقت لرؤية ذلك كان حثّا من باب المسارعة إلى طاعة اللّه تعالى وعبادته) (٣) .

كما ينبغي أيضا معرفة حكم كلّ صلاة من الصّلوات الّتي تجتمع مع الكسوف أوالخسوف للبدء بالصّلاة الواجبة عند التّساوي في خوف الفوت .

وأيضا معرفة مدى التّأكيد في كلّ صلاة لتقدّم آكدهما عند تساويهما في الحكم بأن يكون كلّ منهما سنّة .

---

(١) انظر : المجموع ٥/٥٥ ، المغني ٢/٤٢٧ .
(٢) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤/٢٥٨ باختصار .
(٣) انظر : نفس المرجع السابق .

وقد أفاض الفقهاء رحمهم الله في بيان كلّ ذلك في مواضعه من كتب الفقه .

هذا والصّلوات الّتي قد تجتمع معها صلاة الكسوف أو الخسوف هي : إحدى الصّلوات المكتوبة ، أو أحد العيدين ، أو الوتر ، أو التّراويح ، أو الجنازة .

وهذه الصّلوات منها ماهو فرض عين ، ومنها ماهو فرض كفاية ومنها ماهو سنّة مؤكّدة .

وسأبيّن مايقدم منها في المطالب الآتية :

المطلب الأول : اجتماع الكسوف أو الخسوف مع ماهو فرض عين

إذا اجتمع الكسوف مع الجمعة أو المكتوبة : فإمّا أن يكون ذلك في أوّل وقت الجمعة أو المكتوبة وإمّا أن يكون في آخره .

فإن كان ذلك في أوّله : يبدأ بصلاة الكسوف لأنّه يخاف فوتها بالتّجلي .

وإن كان ذلك في آخر وقت الجمعة أو المكتوبة : يبدأ بالمكتوبة لأنّهما استوتا في خوف الفوات والمكتوبة آكد فكان تقديمها أولى وهذا قول جمهور الفقهاء(١)

ورأى ابن قدامة رحمه الله تقديم الصّلاة الواجبة في كلّ الأحوال وعلّل ذلك :

(بأنّ تقديم الكسوف عليها يفضي إلى المشقّة لإلزام الحاضرين بفعلها مع كونها ليست بواجبة عليهم ، وانتظارهم للصّلاة الواجبة مع أنّ فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة ، وقد أمر النبي صلّى الله عليه وسلّم بتخفيف الصّلاة الواجبة كيلا يشقّ على المأمومين فإلحاق المشقّة بهذه الصّلاة الطّويلة الشّاقّة مع أنّها غير واجبة أولى) (٢) .

ورأي ابن قدامة هذا هو قول للشافعية (٣) .

لكن ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يخف فوت صلاة الكسوف أو الخسوف .

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ٥٥٥/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٠ .
م : مواهب الجليل ٢٠٤/٢ ، الشرح الكبير ٤٠٤/١ .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، مغني المحتاج ٣١٩/١، ٣٢٠ .
ل : كشاف القناع ٦٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣١٣/١، ٣١٤ المبدع ٢٠٠/٢ .

(٢) انظر : المغني ٤٢٧/٢ .

(٣) انظر : المجموع ٥٥/٥ .

المطلب الثّاني : اجتماع الكسوف أو الخسوف مع ماهو فرض كفاية

قد تجتمع صلاة الكسوف مع ماهو فرض كفاية من الصّلوات كصلاة الجنازة ، والعيد على القول بأنّها فرض كفاية .

وقد سبق الكلام عن اجتماعها مع صلاة الجنازة وأنّ صلاة الجنازة تقدّم عليها (١) .

أمّا إذا اجتمعت مع أحد العيدين : فإمّا أن يكون وقت العيد واسعا وإمّا أن يكون ضيّقا (٢) .

- فإن كان واسعا : يبدأ بالكسوف لأنّه يخشى فواته .
- وإن كان وقت العيد ضيّقا : يبدأ بالعيد لأنّه أوكد (٣) .

وقد سبق أنّ العيد فرض كفاية عند بعض الفقهاء ، وأنّها سنّة مؤكدة عند البعض الآخر وهؤلاء قالوا إنّها : آكد من الكسوف (٤) .

ورأى ابن قدامة تقديم صلاة العيد سواء أكان الوقت واسعا أم ضيّقا كرايه عند اجتماعها مع المكتوبة (٥) .

---

(١) سبق في المطلب الثالث من المبحث السابق .
(٢) وقت العيد ينتهي اذا زالت الشمس باتفاق الفقهاء ، واختلف في أوله :
فقيل : اذا طلعت الشمس ، وقيل : اذا ارتفعت قيد رمح أو رمحين .
انظر : المجموع ٥/٤ ، نيل الأوطار ٣٦٠/٣ .
(٣) انظر : ف : الدر المختار ٥٥٥/١ ، رد المحتار ٥٥٩/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٥ .
م : الشرح الكبير ٤٠٤/١ .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، مغني المحتاج ٣٢٠/١ .
ل : المغني ٤٢٧/٢ ، كشاف القناع ٦٥/٢ .
(٤) انظر : الشرح الكبير ٣١٧/١ ، الشرح الصغير ٥٣٢/١ ، مغني المحتاج ٣٢٠/١ .
(٥) انظر : المغني لابن قدامة ٤٢٧/٢ .

ولـو قيل فى هذه الحال والّتى قبلها : يبدأ بالمكتوبة أو العيـد إذا لم يخف فوت الكسوف أو الخسوف لكان ذلك أيسر على أصحاب المشاق .

اعتـراض :

اعترضت طائفة على القول باجتماع العيد والكسوف وقالت هذا محال لأنّ كسوف الشّمس لايقع إلاّ فى وقت الثّامن والعشرين ، وخسوف القمر لايكون فى وقت صلاة العيد ولايكون إلا ليلة الرّابع عشر أو الخامس عشر .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه اللّه : (أجرى اللّه العادة أنّ الشمس لاتنكسف إلا وقت الاستسرار ، وأنّ القمر لاينخسف إلا وقت الابدار) (١) ، وقال : (من قال من الفقهاء إنّ الشّمس تنخسف فى غير وقت الاستسرار فقد غلط ، وقال ماليس له به علم) (٢) .

والجواب :

بأنّ هذا ممكن واللّه على كل شىء قدير ، وهو وإن كان نادر الوقوع إلاّ أنّه يتصور وقوع العيد فى الثّامن والعشرين

---

(١)،(٢) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤/٢٥٥،٢٥٧ .
والمقصود بوقت الابدار : هو وقت ابدار القمر وهى الليالى البيض التى يستحب صيام أيامها : ليلة الثالث عشر ، والرابع عشر ، والخامس عشر فالقمر لايخسف الا فى هذه الليالى .
ووقت الاستسرار : هو عندما يستتر الهلال آخر الشهر اما ليلة واما ليلتين والشمس لاتكسف الا وقت استسراره .
انظر : مجموع الفتاوى ٢٤/٢٥٦ .

بأن يشهد اثنان بنقصان رجب وآخران بنقصان شعبان ورمضان وكانت في الحقيقة كاملة فيقع العيد في الثّامن والعشرين عملا بالظّاهر الذي كلّفناه .(١)

(١) انظر : رد المحتار ١/٥٥٦ ، مواهب الجليل والتاج والاكليل ٢/٢٠٤ ، المجموع ٥/٥٨ ، مغني المحتاج ١/٣٢٠ كشاف القناع ٢/٦٥ .

المطلب الثالث : اجتماع الكسوف أو الخسوف مع ماهو سنّة مؤكّدة

هناك سنن مؤكّدة قد يجتمع معها الكسوف او الخسوف ومن هذه السنن مايأتي :

الأولى : الوتر .

وهو سنّة مؤكّدة في قول جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة والصّاحبين من الحنفيّة (١) .

وممّا استدلوا به :

حديث الأعرابي السّابق وفيه : (... خَمْسُ صَلَوَاتٍ فِي ٱلْيَوْمِ

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٤١١/١ .
ش : المجموع ١٩/٤ .
ل : المغني ١٦١/٢ .
ف : فتح القدير على الهداية ٤٢٣/١ ، مجمع الأنهر ١٢٨/١ .
تتمة :
وقال ابوحنيفة رحمه الله : الوتر واجب ـ والواجب لايكفر جاحده بخلاف الفرض ـ .
والدليل على وجوبه : ماأخرجه أبو داود بسنده الى عبد الله بن بريدة الى ابيه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا) .
انظر : فتح القدير ٤٢٤/١ .
والحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه ، واخرجه الحاكم بدون تكرار وصححه وقال : (أبو المنيب العتكي ـ أحد رواته ـ ثقة) وقال الذهبي في التلخيص : قال البخاري عنده مناكير ، وقال أبو حاتم الرازي : صالح الحديث وأنكر على البخاري ادخاله في الضعفاء ، وقال ابن عدي لابأس به فالحديث حسن .
انظر : سنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب الصلاة ، باب فيمن لم يوتر ١٢٩/٢ .
والمستدرك مع التلخيص ، كتاب الوتر ٣٠٥/١ .
فتح القدير ٤٢٤/١ .

وَاللَّيْلَةِ ...) وقد قال فى آخره : (وَاللّهِ لاَأزيدُ وَلاأنْقُصُ فَقَالَ النَّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم : أفْلَحَ إِنْ صَدَقَ) (١) .

ووجه الدلالة منه : أنّ الواجب من الصّلوات إنّما هو الخمس لاغير ، وفى قوله (إلاّ ان تطوّع) تصريح بأنّ الزّيادة على الخمس إنّما تكون تطوّعا ،وفى قوله (أفلح إن صدق) تصريح بأنّه لايأثم بترك غير الخمس (٢) .

فإذا اجتمع الوتر مع الخسوف : فإمّا أن يكون ذلك فى أوّل وقت الوتر ، وإمّا أن يكون فى آخره (٣) :

- فإن كان ذلك فى أوّل وقته : تقدّم صلاة الخسوف لأنّه يخاف فوته بالتجلى .

- وإن كان ذلك فى آخر وقت الوتر : فقد نصّ الشّافعيّة والحنابلة فى ظاهر مذهبهم على تقديم الخسوف أيضا . وعلّلوا ذلك :

بأنّهما استوتا فى الفوت وصلاة الخسوف أوكد فكانت بالتّقديم أحقّ .

ولأنّ الوتر يمكن تداركه بالقضاء فى وقت ما بخلاف الخسوف (٤) .

وأمّا المالكيّة : فلم أجد لهم نصّا فى المسألة إلاّ أنّ

---

(١) الحديث صحيح . سبق ، وسبق تخريجه فى ص ١٢٢ .
(٢) انظر : المجموع ١٩/٤ ، المغنى ١٦٠/٢ .
(٣) وقت الوتر : مابين العشاء وطلوع الفجر الثانى . انظر : المغنى ١٦١/٢ .
(٤) انظر : ف : رد المحتار ٥٥٦/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٠ .
ش : المجموع ٥٥/٥ .
ل : كشاف القناع ٦٥/٢ .

الوتر عندهم آكد من الخسوف (١) .

ومقتضى هذا تقديم الوتر حسب الضابط الّذى ذكرته فى بداية المبحث .

وتقديم الوتر على صلاة الخسوف هو وجه للحنابلة (٢) .

وقد علّله ابن قدامة : (بأنّ الوتر يسير يمكن فعله وإدراك وقت الكسوف وإن لم يبق إلاّ قدر الوتر فلاحاجة إلى التلبّس بصلاة الكسوف ..) (٣) .

وأمّا أبو حنيفة رحمه اللّه : فقد قال بوجوب الوتر ويقتضى هذا تقديمه على الخسوف على غرار ماقيل من تقديم العيد على الخسوف عنده (٤) .

الثّانية : التّراويح .

وهي من السنن المؤكّدة للرّجال والنّساء جميعا بإجماع الصّحابة ومن بعدهم من الأئمة (٥) .

وقد جاءت الأحاديث العديدة فى التّرغيب فى قيام رمضان منها :

ماأخرجه مسلم بسنده إلى أبى هريرة رضي اللّه عنه قال كان رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم يُرَغِّبُ فِي قِيَامِ رَمَضَانَ مِنْ

---

(١) انظر : الشرح الصغير ٤١١/١ ، مواهب الجليل ٧٥/٢ ، الشرح الكبير ٣١٧/١ .
(٢) انظر : المبدع ٢٠٠/٢ ، المغنى ٤٢٨/٢ .
(٣) انظر : المغنى ٤٢٨/٢ .
(٤) انظر : قوله بوجوب الوتر فى بداية هذا المطلب فى الهامش ص ١٣٧ .
وانظر : اجتماع الكسوف مع ماهو فرض كفاية .
(٥) انظر : مجمع الأنهر ١٣٥/١ ، فتح القدير وشرح العناية ٤٦٧/١ ، الشرح الصغير ٤٠٤/١ ، المجموع ٣٠/٤ ، مغنى المحتاج ٢٢٦/١ ، المغنى ١٦٦/٢ .

غَيْرِ أَنْ يَأْمُرَهُمْ فِيهِ بِعَزِيمَةٍ فَيَقُولُ : (مَنْ قَامَ رَمَضَانَ إِيمَاناً واحتِساباً غُفِرَ لَهُ مَاتَقَدَّمَ مِن ذَنْبِهِ) فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللّهِ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ كَانَ الأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْراً مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ (١) .

وماأخرجه مسلم ايضا بسنده الى عائشة رضى الله عنها انّ رَسُولَ اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم صلّى فى المسجدِ ذَاتَ لَيلَةٍ فَصَلّى بِصَلاتِهِ نَاسٌ ثُمَّ صَلّى مِنَ الْقَابِلَةِ فَكَثُرَ النَّاسُ ثُمَّ اجْتَمَعُوا مِنَ اللَّيْلَةِ الثَّالِثَةِ أَوِ الرَّابِعَةِ فَلَمْ يَخْرُجْ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا أَصْبَحَ قَالَ : قَدْ رَأَيْتُ الّذى صَنَعْتُمْ فَلَمْ يَمْنَعْنِى مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْكُمْ إِلّا أَنّي خَشِيتُ أَنْ تُفرَضَ عَلَيْكُمْ ـ وَذلِكَ فِى رَمَضَانَ ـ (٢) .

فهذان الحديثان يدلان على أنّ التّراويح سنّة مؤكدة .

وقد حرص المسلمون على أداء هذه السنّة فصلّوا بعده صلّى اللّه عليه وسلّم فرادى إلى أيام عمرَ بن الخطّاب رضي اللّه عنه ثمّ اقامها عمر فى زمانه حيث أمر أبي بن كعب رضي اللّه عنه أن يصلي بالنّاس .

فإذا اجتمعت صلاة التّراويح مع الخسوف : يبدأ بصلاة الخسوف .

وهوقول الحنفيّة والشّافعية ، وهو رواية للحنابلة (٣) .

وعلّله فى المجموع : بأنّ صلاة الخسوف أوكد (٤) .

---

(١) انظر : صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب الترغيب فى قيام رمضان وهو التراويح ١٧٧/٢ .
(٢) انظر : نفس المرجع السابق .
(٣) انظر : ف : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٠ .
ش : المجموع ٥٥/٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٣٥ .
ل : المغنى ٤٢٧/٢ .
(٤) المجموع ٥٥/٥ .

ويمكن تعليله : بسعة وقت التّراويح إذ هو إلى آخر الليل .

وللحنابلة رواية أخرى وهي ظاهر المذهب : أنّه إذا تعذّر فعل صلاة التّراويح والخسوف وضاق الوقت عنهما : تقدّم التّراويح .

وعللوا ذلك :

بأنّ التّراويح تختصّ برمضان وتفوت بفواته (١) .

لكن يلاحظ على هذا التّعليل أنّ التّراويح يمكن قضاؤها قبل فوات رمضان والخسوف إذا فاتت لاتقضى فالظّاهر تقديم الخسوف .

الثّالثة : صلاة العيد على القول بأنّها سنّة مؤكّدة .

وقد سبق بيان الحكم في هذه المسألة في مطلب اجتماع الكسوف مع ماهو فرض كفاية .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٢/٦٥ .
هذا ومقتضى قول المالكية تقديم صلاة الخسوف وذلك : لأن الصلاة عند خسوف القمر مندوبة عندهم ولاتندب فيها الجماعة لئلا يشق على الناس ، وأما التراويح عندهم : فهي من النفل المتأكد ويندب الانفراد بها ان لم تعطل المساجد .
ويظهر من ذلك تقديم التراويح لأنها آكد . والله أعلم .
انظر : الشرح الصغير ١/٥٣٥، ٥٣٦، ٤٠٥ .

المبحث الخامس

حقّ الإمامة

لقد منّ الله على الأمّة الاسلاميّة إذ شرع لها أداء الصّلاة في جماعة لأجل التّعارف والتّواصل والتّناصح واستنهاض الهمم إلى أدائها ، والتّعاون على الخشوع فيها ، ولإظهار شعيرة من شعائر الإسلام .

وهذه الجماعة منها مايتكرّر في اليوم واللّيلة وهو المكتوبات الخمس ، ومنها مايكون كلّ أسبوع وهو صلاة الجمعة ومنها مايكون في كلّ عام وهو صلاة العيدين والتّراويح والوتر في رمضان

ولابدّ لهذه الجماعة من إمام يكون قدوة للمصلين تتوافر فيه صفات الفضيلة ليكون أهلاً للقدوة والإمامة يركع النّاس بركوعه ويسجدون بسجوده .

وفي ذلك يقول الكاساني (١) رحمه الله : (إن مبنى الإمامة على الفضيلة ولهذا كان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يؤمّ غيره ولايؤمّه غيره ، وكذا كلّ واحد من الخلفاء الرّاشدين في عصره) (٢) .

---

(١) الكاساني هو : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، علاء الدين فقيه حنفي من أهل حلب . من مصنفاته : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، والسلطان المبين في أصول الدين . توفي سنة ٥٨٧هـ .
انظر : الأعلام ٧٠/٢ ، الجواهر المضية ٢٤٤/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ١٥٦/١ .

ويقول السّرخسى رحمه الله (١) : (إن مكان الإمامة ميراث من النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم ، ثمّ هو مكان استنبط منه الخلافة فإنّ النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم لما أمر أبا بكر أن يصلى بالنّاس قالت الصّحابة بعد موته : إنّه اختار أبا بكر لأمر دينكم فهو المختار لأمر دنياكم ، فإنّما يختار لهذا المكان من هو أعظم فى النّاس) (٢) .

من هنا نجد الإسلام حريصاً على بيان صفات الأئمّة ، الأمر الّذى دعا الفقهاء إلى تتبعها وبيان من تصحّ إمامته بناء عليها ، ومن لاتصحّ ، ومن تصحّ إمامته بمثله ولاتصحّ بغيره ، ومن تصحّ إمامته بمن دونه ولاتصحّ بمثله ، كما أنّهم بيّنوا أحقّ النّاس بالإمامة وأولاهم بها إذا اجتمع قوم يصلحون لها وذلك عن طريق التّرجيح وهذا التّرجيح يكون بصفات فى ذات الشّخص ، وقد يكون باعتبار مايقتضيه المكان من تقديم صاحبه على غيره .

وسيتضح ذلك باذن اللّه فى المطالب الآتية :

---

(١) السرخسى هو :أبو بكر شمس الائمة محمد بن أحمد بن سهل قاض من كبار الأحناف ، مجتهد من أهل سرخس فى خراسان . من أشهر كتبه : المبسوط ، أملاه وهو سجين بالجب ، وشرح السير الكبير للامام محمد ، والأصول . توفى سنة ٤٨٣هـ .
انظر : الفوائد البهية ص ١٥٨ ، الجواهر المضية ٢٨/٢ الأعلام ٣١٥/٥ .

(٢) المبسوط ٤١/١ .

المطلب الأوّل : صحّة الإمامة

النّاس فى صحّة الإمامة على أقسام :

القسم الأوّل : من تصحّ إمامته بكل حال .

وهو الرّجل الّذى تتوافر فيه الشّروط الآتية :

الشّرط الأوّل : الإسلام .

وهو شرط للصّلاة قبل أن يكون شرطاً للإمامة ، فلاتصحّ الصّلاة خلف كافر ولو كان كفره ببدعة مكفرة (١) .

الشّرط الثّانى : العقل .

وهو شرط للصّلاة أيضا قبل أن يكون شرطاً للإمامة ـ وذكر هذا الشّرط والّذى قبله كما صنع بعض الفقهاء من باب التّسامح ـ فالمجنون لاتصحّ إمامته لأنّه ليس من أهل الصّلاة أصلاً ولاتتحقّق نيّته ولاطهارته ، فإن كان جنونه متقطّعاً : صحّت إمامته فى حال إفاقته فى قول جمهور الفقهاء (٢) .

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤٣٤/١ ، الشرح الكبير ٣٢٥/١ .
ش : مغنى المحتاج ٢٤١/١ ، المجموع ٢٥١/٤ .
ل : كشاف القناع ٤٧٥/١ .

(٢) وهناك قول لبعض المالكية : ان امامة المجنون لاتصح ولو أم فى حال صحوه .
انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ٣٨٨/١ .
م ، ش ، ل : نفس المراجع السابقة فى رقم (١) .

الشّرط الثّالث : البلوغ .

فلاتصحّ إمامة الصّبيّ الّذى لايعقل أصلاً لأنّه ليس من أهل الصّلاة .

وأمّا الصّبيّ العاقل : فقد اختلف الفقهاء فى إمامته للبالغين على ثلاثة أقوال :

الأوّل : أنّه لاتجوز إمامته لافى فريضة ولافى نافلة .
وهو قول الحنفية ، وابن حزم الظّاهرى (١) .

واستدلّ الحنفيّة على ذلك :

* بما روي عن ابن مسعود رضي اللّه عنه أنّه قال : (لَايَؤُمُّ ٱلْغُلَامَ ٱلَّذِي لَاتَجِبُ عَلَيْهِ ٱلْحُدُودُ) .

* وبما روي عن ابن عباس رضي اللّه عنه أنّه قال : (لَايَؤُمُّ ٱلْغُلَامَ حَتَّى يَحْتَلِمَ) (٢) .

* ولأنّ الصّبيّ متنفّل فلايجوز أن يقتدى به المفترض . كما لايجوز أن يقتدى به المتنفّل لأنّ نفل الصّبيّ دون نفل البالغ حيث لايلزمه القضاء بالإفساد ولايبنى القوى على الضّعيف (٣) .

واستدلّ ابن حزم رحمه اللّه على قوله :

---

(١) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ٣٨٨/١ ، تبيين الحقائق ١٤٠/١ ، الهداية بشرح فتح القدير ٣٥٧/١،٣٥٨.
ظ : المحلى ٢١٧/٤ .
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٤٠/١ .
والأثران رواهما الأثرم فى سننه كما جاء فى منتقى الأخبار ، وجاء فى نيل الأوطار : ان اثر ابن عباس رواه عبد الرزاق مرفوعا باسناد ضعيف .
انظر : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ٢٠٢/٣ .
مصنف عبد الرزاق ، الصلاة ، باب هل يؤم الغلام ولم يحتلم ٣٩٨/٢ .
(٣) انظر : تبيين الحقائق ١٤٠/١ .

بحديث (إِذَا حَضَرَتِ ٱلصَّلَاةُ فَلْيُؤَذِّنْ لَكُمْ أَحَدُكُمْ وَلْيَؤُمَّكُمْ أَقْرَؤُكُمْ)(١) .

فينصّ الخبر على أنّ الإمام مأمور بالإمامة وقد قال النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِنَّ ٱلْقَلَمَ رُفِعَ عَنِ ٱلصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ)(٢) فصحّ أنّ الصّبيّ غير مأمور ولامكلّف ومعنى ذلك أنّه غير مأمور بالإمامة وهي لاتجزىء إلاّ من مأمور بها(٣) .

والقول الثّاني : جواز إمامة الصّبيّ المميّز في الفريضة والنّافلة .

وهو مذهب الشّافعيّة(٤) .

واستدلّوا على ذلك :

---

(١) هذا الحديث لم أجده بهذا اللفظ وقد أخرجه البخاري بلفظ (وليؤمكم أكبركم) . وأخرجه مسلم بلفظ : (اذا كانوا ثلاثة فليؤذن أحدهم وأحقهم بالامامة أقرؤهم) .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الأذان ، باب من قال ليؤذن فى السفر مؤذن واحد ١٥٤/١ .
صحيح مسلم ، كتاب المساجد ، باب من أحق بالامامة ١٣٣/٢ .

(٢) هذا جزء من حديث (رفع القلم عن ثلاثة ...) وقد أخرجه أبو داود وسكت عليه والترمذى والنسائى وابن ماجة مرفوعا ، وأخرجه البخارى فى صحيحه موقوفا على على رضى الله عنه .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق فى الاغلاق ١٦٩/٦ .
سنن أبى داود مع معالم السنن ، كتاب الحدود ، باب فى المجنون يسرق أو يصيب حدا ٥٦٠/٤ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، أبواب الحدود ، ماجاء فيمن لايجب عليه الحد ٦٨٥/٤ .
سنن النسائى ، كتاب الطلاق ، من لايقع طلاقه من الازواج ١٥٦/٣ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الطلاق ، طلاق المعتوه والصغير والنائم ٦٥٨/١ .

(٣) انظر : المحلى ٢١٨/٤ بتصرف .

(٤) انظر : مغنى المحتاج ٢٤٠/١ ، شرح الجلال على المنهاج ٢٣٢/١ .

بما اخرجه البخاريّ في صحيحه : انّ عمرو بنَ سَلِمَةَ (١) رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ كَانَ يَؤُمُّ قَوْمَهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ ابْنُ ستٍّ أَوْ سَبْعٍ (٢) .

جاء في فتح الباري : (انّ زمان نزول الوحي لايقع فيه لاحد من الصّحابة التّقرير على مالايجوز) (٣) .

والقول الثّالث : صحّة إمامة الصّبيّ في النّفل دون الفريضة .

وهو مذهب المالكيّة ، والظّاهر عند الحنابلة ، وهومروي عن محمد بن الحسن من الحنفيّة إلاّ انّ المالكيّة قالوا : إنّها تصحّ في النّفل وإن لم تجز ابتداء (٤) .

واستدلّ الحنابلة على ذلك :

بالآثار السّابقة عن ابن مسعود وابن عباس رضي اللّه عنهم (٥) .

ولانّ الإمامة حال كمال والصّبيّ ليس من أهلها أشبه المراة بل آكد لانّ نقصه يمنع التّكليف وصحّة الإقرار .

ولانّ الإمام ضامن وليس هو من أهل الضّمان .

---

(١) هو عمرو بن سَلِمة بن قيس الجرمي أبو بريدة ويقال : أبو يزيد البصري ، وفد أبوه على النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمرو يصلي بقومه وهو صغير ولم يصح له سماع ولارواية ، وروى من وجه غريب أنه أيضا وفد مع أبيه .
انظر : تهذيب التهذيب ٣٨/٨ .

(٢) انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب المغازى غزوة الفتح ٢٢/٨ .

(٣) انظر : فتح البارى ١٨٥/٢ .

(٤) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٤٠/١ ، الهداية بشرح فتح القدير ٣٥٧/١ .
م : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣٢٩/١ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤٣٨/١ .
ل : كشاف القناع ٤٨٠/١ ، شرح منتهى الارادات ٢٦٠/١ .

(٥) انظر : المراجع السابقة للحنابلة .
وانظر الآثار في أدلة القول الأول ص ١٤٥ .

ولأنّه لايؤمن منه الإخلال بالقراءة حال السرّ .

وامّا صحّة إمامته في النّفل : فلأنّه متنفّل يؤمّ متنفّلا (١) .

ترجيح :

والّذي يظهر لي ترجيحه : هو القول الأوّل .

وذلك لأنّ قول ابن مسعود وابن عباس رضي اللّه عنهم يتعارض مع فعل عمرو بن سلمة رضي اللّه عنه فلابدّ من التّرجيح بينهما .

وفعل عمرو لم يثبت سماع النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم وعلمه به وإنّما قدّمه قومه باجتهاد منهم لكونه احفظ منهم (٢) .

ومن المعلوم أنّ علم النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم لابد منه في السنّة التّقريريّة (٣) .

فالأولى هو الأخذ بقول ابن مسعود وابن عباس للأدلّة والأسباب الّتي ذكرها أصحاب القول الأوّل والثّالث حيث أنّ ماقاله أصحاب القول الثّالث في إمامة الصّبيّ في الفرض يقال في إمامته في النّفل ولاوجه للتّفريق بينهما وليس المعنى في منع الصّبيّ من الإمامة هو كونه متنفّلا وإنّما كونه غير مكلف واللّه أعلم .

الشّرط الرّابع : العلم بما تصحّ الصّلاة به من الأحكام (٤) .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٤٨٠/١ ، شرح منتهى الارادات ٢٦٠/١
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٤٠/١ ، المحلى ٢١٨/٤ .
(٣) انظر : تيسير التحرير ١٢٨/٣ .
(٤) انظر : الشرح الصغير ٤٣٦/١ ، الفواكه الدواني ٢٣٩/١ .

تلك هي شروط صحّة الإمامة ، وهناك شروط كمال يستحبّ وجودها في الإمام وهي عبارة عن السّلامة من النّقص المعنويّ والحسيّ .

وهذه الشّروط هي :

الشّرط الأوّل : العدالة .

وهي اجتناب الكبائر واجتناب الإصرار على الصّغائر (١) .

فمن كان فاسقاً مرتكباً لكبيرة أو مصرّاً على صغيرة : تكره إمامته في قول الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والظّاهريّة (٢) .

وقيل : لاتصحّ إمامته وهو قول الحنابلة في ظاهر مذهبهم إلا أنّهم استثنوا إمامته في الجمعة والعيد فتصحّ إن تعذرت الصّلاة خلف غيره لأنّهما يختصان بإمام واحد فالمنع منهما خلفه يؤدي إلى تفويتهما دون سائر الصّلوات (٣) .

وقد قام الإجماع على صحّة إمامة الفاسق وكفى به دليلا (٤) .

أمّا كون إمامته مكروهة : فلأنّ مبنى الإمامة على الفضيلة والنّاس لايرغبون في الصّلاة خلف الفاسق فيؤدي ذلك

---

(١) انظر : تيسير التحرير ٤٤/٣ ، الشرح الصغير ٢٣٩/٤ ، مغني المحتاج ٤٢٧/٤ .

(٢) انظر : ف : فتح القدير ٣٥٠/١ ، رد المحتار ٣٧٦/١ مجمع الأنهر ١٠٨/١ .
م : الشرح الكبير ٣٢٦/١ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٣٩/١ .
ش : مغني المحتاج ٢٤٢/١ ، المجموع ٢٥٣/٤ .
ظ : المحلى ٢١٢/٤ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٤٧٥/١ ، شرح منتهى الارادات ٢٥٧/١

(٤) انظر : نيل الأوطار ٢٠٠/٣ ، البدائع ١٥٦/١ ، المبسوط ٤٠/١ ، الأم ١٤٠/١ ، مغني المحتاج ٢٤٢/١ ، المجموع ٢٥٣/٤ ، الكافي لابن قدامة ١٨٣/١ ، المحلى ٢١٢/٤ .

إلى تقليل الجماعة وذلك مكروه (١) .

وفي كلّ مرتبة من المراتب الآتية في المطلب التالي : يقدّم العدل على الفاسق .

الشّرط الثّاني : السّلامة من الأعذار .

والمراد بها هنا : السّلامة من سلس البول واستطلاق الرّيح وكل ماكان في معنى الاستحاضة .

فمن كان مصابا بعذر من هذه الأعذار : تصحّ إمامته للأصحّاء بغير كراهة في قول الشّافعيّة وهو المشهور عند المالكيّة لأنّه مصاب بحدث معفوّ عنه في حقّ صاحبه لصحّة صلاته من غير إعادة ، فيعفى عنه في حقّ غيره أيضا وعليه فلاكراهة في إمامته لغيره (٢) .

وللمالكيّة قول آخر : إنّه تكره إمامته بناء على أنّ الأحداث إذا عفي عنها في حقّ صاحبها : لايعفى عنها في حقّ غيره .

ولكن هذا القول مبنيّ على ضعيف كما جاء في حاشية الدّسوقي والصّاوي (٣) .

وقال الحنفيّة ، والحنابلة ، والشّافعيّة في قول لهم : لاتصحّ إمامة المعذور للصّحيح . لأنّه إنّما صحّت صلاة المعذور للضّرورة ولاضرورة للاقتداء به لأنّ في صلاته خللا غير مجبور ببدل لكونه يصلّي مع خروج النّجاسة الّتي يحصل بها الحدث من

---

(١) انظر : البدائع ١٥٦/١ ، رد المحتار ٣٧٦/١ .
(٢) انظر : م : الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٣٩/١ .
ش : مغني المحتاج ٢٤١/١ .
(٣) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٠/١ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤٣٩/١ .

غير طهارة فيكون أشبه مالو ائتمّ بمحدث يعلم بحدثه (١) .

والّذي يظهر لي ترجيحه :

هو قول الشّافعيّة والمالكيّة القائلين بصحّة إمامة المعذور لقوّة استدلالهم ولكن يستحبّ في الإمام السّلامة من هذه الأعذار خروجا من الخلاف .

الشّرط الثّالث : السّلامة من العاهات والآفات .

كالأمراض المنفّرة من برص وغيره ، وكقطع بعض الأطراف أو شللها ، وكالعمى .

فمن كان مصابا بذلك : تكره إمامته وتصحّ متى كان قادراً على أداء الصّلاة بأركانها .

والظّاهر : أن العلّة النفرة فتؤدّي صلاته إلى تقليل الجماعة . ولعدم إمكان إكمال الطّهارة في المشلول والأقطع كما أنّ الأعمى لايمكنه التّوقي عن النّجاسات إضافة إلى أنّه يحتاج إلى غيره في توجيهه للقبلة وربما يميل في خلال الصّلاة عنها .

غير أنّ الشّافعيّة سوّوا بين الأعمى والبصير لتعارض فضيلتيهما لأنّ الأعمى لاينظر إلى مايشغله فهو أخشع والبصير ينظر الخبث فهو أحفظ لتجنّبه (٢) .

---

(١) انظر : ف : مجمع الأنهر ١/١١١ .
ش : مغني المحتاج ١/٢٤١ .
ل : كشاف القناع ١/٤٧٦ .

(٢) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ١/٣٧٨ ، البدائع ١/١٥٦ .
م : الشرح الصغير ١/٤٤٤ ، الفواكه الدواني ١/٢٤٠ .
ش : مغني المحتاج ١/٢٤١ ، شرح الجلال على المنهاج ١/٢٣٢ .
ل : كشاف القناع ١/٤٨٣ ، شرح منتهى الارادات ١/٢٥٦ .

الشّرط الرّابع : عدم كراهة النّاس لإمامته .

فتكره إمامة من يكرهه النّاس أو معظمهم إذا كانت كراهتهم له بحقّ لأمر مذموم شرعا كوال ظالم أو متغلّب على إمامة الصّلاة ولايستحقّها ، أو لايحترز من النّجاسة ، أو يمحو هيئات الصّلاة ، او يتعاطى معيشة مذمومة ، او يعاشر الفسقة ونحوهم .

وهذا فى قول جمهور الفقهاء (١) .

وقيل : إنّ إمامته مكروهة تحريما (٢) .

وقد وردت فى هذه المسالة احاديث لاتخلو من ضعف حملها جمهور الفقهاء على الكراهة ، وحملها بعض الفقهاء على التّحريم منها :

ما أخرجه ابن ماجة بسنده إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما انّ النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (ثَلَاثَةٌ لَاتُرْفَعُ صَلَاتُهُمْ فَوْقَ رُؤُوسِهِمْ شِبْرًا : رَجُلٌ أَمَّ قَوْماً وَهُمْ لَهُ كَارِهُونَ ...) الحديث (٣) .

هذا ويترتّب على شروط الكمال فى الإمامة أنّه إذا وجد جماعة يصلحون للإمامة وتميّز بعضهم بشروط الكمال هذه : فهو الأولى بالإمامة من غيره .

---

(١) انظر : الفواكه الدوانى ٢٤٠/١ ، مغنى المحتاج ٢٤٥/١ المجموع ٢٧٥/٤ ، كشاف القناع ٤٨٣/١ .

(٢) انظر : الدر المختار ٣٧٦/١ ، نيل الأوطار ٢١٧/٣ .

(٣) هذا الحديث اسناده صحيح ورجاله ثقات كما فى الزوائد انظر : سنن ابن ماجة ، كتاب اقامة الصلاة والسنة فيها باب من أم قوما وهم له كارهون ٣١١/١ .
مصباح الزجاجة فى زوائد ابن ماجة ١٩١/١ .

القسم الثّانى ـ من أقسام النّاس فى صحّة الإمامة ـ من تصحّ إمامته بمثله (١) .

من تصحّ إمامته بمثله : أنواع :

النّوع الأول : المرأة .

إذا وجدت الشّروط السّابقة فى المرأة : يصحّ لها أن تؤم النّساء فى قول جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة على خلاف بينهم فى كونها مستحبّة أو مكروهة .

فقد استحبّها الشّافعيّة والحنابلة فى ظاهر مذهبهم .
وهو قول عطاء والأوزاعى وأبى ثور والثّورى (٢) .

---

(١) وهناك قسم ثالث ـ نادر الوقوع ـ وهو من تصح امامته بمن دونه ولاتصح بمثله ولاأعلى منه وهو الخنثى المشكل وهذا فى قول جمهور الفقهاء ولم يصحح المالكية امامته بأى حال .
انظر : الفواكه الدوانى ٢٣٨/١ ، حاشية البجيرمى على المنهج ٣٠٥/١ ، الكافى لابن قدامة ١٨٥/١ .

(٢) انظر : المجموع ١٨٨/٤،١٩٩ ، المغنى لابن قدامة ٢٠٢/٢ وهذا تعريف للأعلام الذين جاء ذكرهم فى هذا القول .
أما عطاء بن أبى رباح فهو أبو محمد القرشى مولاهم المكى ، ولاؤه لبنى جمح واسم أبى رباح أسلم . ولد فى اثناء خلافة عثمان رضى الله عنه سنة ٢٧هـ وكان من أجلاء فقهاء التابعين بمكة ، ومن أعلم الناس بالمناسك قال أبو حنيفة : مارأيت أفضل منه . توفى سنة ١١٥هـ وقيل سنة ١١٤هـ .
انظر : طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٥٧ ، سير أعلام النبلاء ٧٩/٥ ، شذرات الذهب ١٤٧/١،١٤٨ ، كتاب الوفيات ص ١١٢ .
وأما الأوزاعى : فهو عبد الرحمن بن عمر بن محمد الدمشقى . الحافظ ولد سنة ٨٨هـ ، وكان من فقهاء التابعين استفتاه الناس وعمره ثلاث عشرة سنة ، توفى سنة ١٥٧هـ . قال الذهبى فى تذكرته : كان أهل الشام ثم أهل الأندلس على مذهب الأوزاعى مدة من الدهر ثم فنى العارفون به وبقى منه مايوجد فى كتب الخلاف . =

واستدلّوا على ذلك :

بما أخرجه أبو داود بسنده الى أمّ ورقة بنت عبد الله (١) ابن الحارث أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم جعل لها مؤذّناً يؤذّن لها وأمرها أن تؤمّ أهل دارها (٢) .

ومايروى أنّ كلاًّ من السّيدة عائشة وأمّ سلمة رضي اللّه عنهما أمّت النّساء ووقفت وسْطهُنّ (٣) .

= انظر : تذكرة الحفاظ ١٧٨/١ ، سير أعلام النبلاء ١٠٧/٧ وفيات الأعيان ١٢٧/٣ .
وأما أبو ثور : فقد سبق التعريف به .
وأما الثورى : فهو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى من بنى ثور بن عبد مناة من مضر . أمير المؤمنين فى الحديث ، وكان سيد أهل زمانه فى علوم الدين والتقوى ، ولد فى الكوفة سنة ٩٧هـ ونشأ فيها وكان صاحب مذهب . له : الجامع الكبير والصغير فى الحديث ، وكتاب فى الفرائض . توفى سنة ١٦١هـ .
انظر : مشايخ بلخ من الحنفية ٨٧٢/٢ ، شذرات الذهب ٥٢٠/١ ، وفيات الأعيان ٣٨٦/٢ ، الأعلام ١٠٤/٣ .

(١) هى أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث بن عويمر الأنصارية صحابية ماتت فى خلافة عمر ، قتلها خدمها وكان النبى صلى الله عليه وسلم يسميها الشهيدة .
انظر : تقريب التهذيب ٦٢٦/٢ .

(٢) انظر : المجموع ١٩٩/٤ ، المغنى ٢٠٢/٢ .
والحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه ، والحاكم وقال : (قد احتج مسلم بالوليد بن جميع ـ من رواة الحديث ـ وهذه سنة غريبة لا أعرف فى الباب حديثا مسندا غيرهذا) كما أخرجه البيهقى والدارقطنى .
انظر : سنن أبى داود مع معالم السنن ، كتاب الصلاة ، باب امامة النساء ٣٩٧/١ .
المستدرك وتلخيصه ، كتاب الصلاة ، امامة المرأة النساء فى الفرائض ٢٠٣/١ .
سنن البيهقى ، كتاب الصلاة ، جماع أبواب اثبات امامة المرأة وغيرها ، باب اثبات امامة المرأة ١٣٠/٣ .
سنن الدارقطنى ، كتاب الصلاة ، باب صلاة النساء جماعة وموقف امامهن ٤٠٣/١ .

(٣) انظر : المجموع ١٩٩/٤ ، المغنى ٢٠٢/٢ ، المحلى ٢١٩/٤ وقد أخرج الأثرين ابن أبى شيبة والبيهقى والدارقطنى وعبد الرزاق . كما أخرج الحاكم ماروى عن عائشة ، وأخرج الشافعى فى مسنده ماروى عن أم سلمة ، وذكر النووى فى المجموع : أنهما صحيحا الاسناد .
انظر : مصنف ابن أبى شيبة ، كتاب الصلوات ، المرأة تؤم النساء ٨٨/٢، ٨٩ . =

فـامر النّبـيّ صلّى اللّه عليه وسلّم لأمّ ورقة أن تؤم أهل دارهـا يدلّ على استحباب ذلك وماروي عن عائشة وأمّ سلمة يدلّ على الأخذ بهذا الاستحباب .

وأمّـا الحنفيّـة : فقد كرهوا إمامة المرأة للنّساء (كراهة تحريم) لما يترتّب عليها من مخالفة مقام الإمام حيث تقف وسط المؤتمّات (١) .

وامّا الظّاهريّة : فقد صرّحوا بجواز الإمامة لاغير (٢) .

وقـال المالكيّـة : لاتصحّ إمامة المرأة بنساء مثلها في فرض ولانفل (٣) .

واستدلّوا على ذلك : بما أخرجه البخاريّ بسنده إلى أبي بكـرة أنّ النّبـيّ صلّى اللّـه عليه وسلّم قال : (لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ أمْرَأَةً) (٤) .

ولأنّ الإمامـة خطّة شريفة في الدّين ومن شرائع المسلمين فلايصحّ إسنادها إلى المرأة سواء عدمت الرّجال أم وجدت للنّقص الّذي في المرأة (٥) .

= سنن البيهقي ، كتاب الصلاة ، باب المرأة تؤم النساء فتقوم وسطهن ١٣١/٣ .
سنن الدارقطني ، كتاب الصلاة ، باب صلاة النساء جماعة ٤٠٤/١ .
مصنف عبد الرزاق ، الصلاة ، باب المرأة تؤم النساء ١٤٠/٣ .
المستدرك ، في الصلاة ، امامة المرأة النساء في الفرائض ٢٠٣/١، ٢٠٤ .
مسند الشافعي ، من كتاب الامامة ص ٥٣ .
المجموع للنووي ١٩٩/٤ .

(١) انظر : الهداية بشرح فتح القدير ٣٥٣/١، ٣٥٤ .
(٢) انظر : المحلى ٢١٩/٤ .
(٣) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٢٣٥/٢ .
(٤) انظر : الفواكه الدواني ٢٣٨/١ .
والحديث في صحيح البخاري ، كتاب الفتن ٩٧/٨ .
(٥) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٢٣٥/١ .

ويجاب على استدلالهم بالحديث : بأنّه إنّما ورد في الولاية أو الإمامة العظمى والقضاء (العامة) وأمّا الإمامة والرّواية والشّهادة والفتيا فلاتدخل فيه (١) .

وإن سلّمنا عمومه فيخصّص بالأحاديث الّتي استدلّ بها القائلون بصحّة إمامة المرأة .

والّذي يظهر لي ترجيحه : هو القول بصحّة إمامة المرأة للنّساء مع الاستحباب للأدلّة الدّالّة على ذلك ولم يثبت نسخها كما قال بعض الحنفيّة (٢) .

والوقوف وسط النّساء نابع من طبيعة هذه الإمامة الّتي اقرها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم فلامعنى للقول بالكراهة .

وفي الأدلّة الدالّة على الاستحباب ردّ على المالكيّة لأنّها مخصّصة لما استدلّوا به ولامعنى لتعليلهم بعد أن صحّح رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلم إمامتها . واللّه أعلم .

النّوع الثّاني - ممّن تصحّ إمامته بمثله - العاجز عن أركان الصّلاة .

فمن عجز عن ركن من أركان الصّلاة : تصحّ صلاته في نفسه وبمن حاله كحاله باتفاق .

---

(١) انظر : اعلام الموقعين ٢/٣٧٦ .
(٢) فقد قال بعض الحنفية : ان جماعة النساء وامامة المراة لهن منسوخة بالحديث الذى أخرجه أبو داود وابن خزيمة (صلاة المراة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها) . ومعلوم ان المخدع لايسع الجماعة .
ويمكن أن يجاب على ذلك : بان الحديث الذى ذكروه غير صريح في النسخ ، والنسخ لايثبت بالاحتمال .
انظر : فتح القدير ١/٣٥٤ .
سنن أبي داود مع معالم السنن ، في الصلاة ، باب التشديد في خروج النساء الى المسجد ١/٣٨٣ .
صحيح ابن خزيمة ٣/٩٣،٩٥ .

أمّا صلاته بمن لايساويه فهذا يختلف بحسب عجزه .
وهذا مما يضيق المقام عن ذكره (١) .

النّوع الثّالث : الصّبيّ .

فالصّبيّ يصحّ إمامته بمن كان مثله لأنّه بمنزلته وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، واختلفوا في إمامته للبالغ وقد سبق ذلك (٢) .

(١) انظر : ماذكره الفقهاء في كتبهم مثل : فتح القدير ٣٦٧/١ ، المجموع ٢٦٧/٤ .
(٢) انظر ماسبق في الشرط الثالث من شروط صحة الامامة .

المطلب الثّاني : تزاحم الأئمّة

كان من شرع اللّه سبحانه أن يقوم بالإمامة من توفرت فيه شروطها ، فإذا تفاوت النّاس في الفضل بعد تحقّق تلك الشّروط : يلجأ إلى التّرجيح عن طريق المزايا الّتي يتصف بها كلّ شخص منهم والّتي تكون سببا في تقدّمه .

وهذه الأسباب هي :

السّبب الأوّل والثّاني : الفقه والقراءة .

فينظر إلى مزية الفقه والقراءة في كلّ المتأهلين للإمامة لتكون سببا لتقدّمه ، وقد اختلف الفقهاء في تقديم الأفقه أو الأقرأ على مذهبين :

الأول : أن الأولى بالتقدم هو الأفقه .

وهذا هو مذهب الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة في الأصحّ عندهم .

والمراد بالأفقه : الأعلم بأحكام الفقه والشّريعة ومنها أحكام الصّلاة صحّة وفسادا .

والمذهب الثّاني : أن الأولى بالتّقدم هو الأقرأ .

وهو مذهب الحنابلة والظّاهريّة ، وقول للشّافعيّة ، وقول أبي يوسف من الحنفيّة (١) .

---

(١) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ٣٧٤/١ ، تبيين الحقائق ١٣٣/١ ، البحر الرائق ٣٦٧/١ ، فتح القدير ٣٤٨/١ ، مجمع الأنهر ١٠٧/١ .
م : الشرح الكبير ٣٤٣/١ ، الشرح الصغير ٤٥٥/١ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٥/٢ .
ش : العزيز ٣٣٢/٤ ، حاشية البجيرمي على المنهج ٣١٢/١ ، مغني المحتاج ٢٤٢/١ ، المجموع ٢٨٢/٤ .
ل : المغني ١٨١/٢ ، كشاف القناع ٤٧١/١ ، شرح منتهى الارادات ٢٥٥/١ .
ظ : المحلى ٢٠٧/٤ .

والمراد بالأقرأ - كما فسّره الحنفيّة والحنابلة - : الأعلم بالقراءة عن طريق علمه بقواعد التّجويد ومراعاته لها في تلاوته .

وبعد هذا العلم يقدّم الأحفظ لكتاب اللّه (١) .

الأدلـــــة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ القائلون بتقديم الأفقه بأدلّة أحسنها :

ما أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى أبي موسى رضي اللّه عنه قال : مَرِضَ النَّبِيُّ صَلَّى ٱللّٰهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَٱشْتَدَّ مَرَضُهُ فَقَالَ : (مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ بِالنَّاسِ) (٢) .

ووجه الدّلالة منه : أنّه صلّى اللّه عليه وسلّم أمر أبا بكر رضي اللّه عنه بالإمامة وكان أبوبكر أعلم القوم ولم يكن أقرأهم بدليل قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (أَقْرَؤُكُمْ أُبَيٌّ) (٣) .

---

(١) انظر : ف : شرح العناية على الهداية ٣٤٦/١ .
ل : شرح منتهى الارادات ٢٥٥/١ .

(٢) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الأذان ، باب أهل العلم والفضل أحق بالامامة ١٦٥/١ .
صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، استخلاف الامام اذا عرض له عذر من مرض او سفر ٢٥/٢ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة بسندهما الى أنس ابن مالك مرفوعا وفيه ذكر جماعة وأوله : (أرحم أمتي بأمتي أبو بكر - وفيه - وأقرؤهم لكتاب الله أبي بن كعب ...) وقال الترمذي : هذا حديث غريب . وأخرجه البخاري موقوفا على عمر رضي الله عنه قال : (أقرؤنا أبي ...) .
انظر : جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، أبواب المناقب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مناقب معاذ بن جبل وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وأبي عبيدة بن الجراح ٢٩٤/١٠ .
سنن ابن ماجة ، المقدمة ، في فضائل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ٥٥/١ .
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب تفسير القرآن ، سورة البقرة ، ماننسخ من آية أو ننسها ١٦٧/٨ .

وقول ابي سعيد الخدريِ رضي اللّه عنه : (... كَانَ أَبُو بَكْرٍ أَعْلَمَنَا) (١) .

وهذا كان آخر الأمرين من رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم لانّه قال : (يَؤُمُّ ٱلْقَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِكِتَابِ ٱللَّهِ ...) (٢) ثمّ قال فى آخر حياته : (مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ بِٱلنَّاسِ) فيكون هذا هو المعوّل عليه (٣) .

وعلّل أصحاب هذا المذهب ماقالوه : بأنّ صلاة القوم مبنيّة على صلاة الإمام صحّة وفسادا وإنّما يعرف ذلك بالعلم فتقديم من هو أعلم بها أولى إذا علم من القراءة قدر ماتقوم به الصّلاة ، ولاسيما أنّ القراءة إنّما يحتاج إليها لإقامة ركن واحد والفقه يحتاج إليه لجميع أركان الصّلاة وواجباتها وسننها والحوادث المستدعية للأحكام فى الصّلاة لاتنحصر (٤) .

أدلّة المذهب الثّانى :

استدلّ القائلون بتقدّم الأقرأ بالأدلّة الآتية :

---

(١) انظر : صحيح البخارى ، باب مناقب المهاجرين وفضلهم ، باب قول النبى صلى الله عليه وسلم سدوا الأبواب الا باب أبى بكر ١٩١/٤ .

(٢) هذا الحديث صحيح وهو جزء من حديث طويل أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة بسندهم الى أبى مسعود الأنصارى .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب من أحق بالامامة ١٣٣/٢
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الصلاة ، باب من أحق بالامامة ٢٩٢/٢ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، الصلاة ، من أحق بالامامة ٣٠/٢ .
سنن النسائى ، كتاب الامامة ، من أحق بالامامة ٧٦/٢ .
سنن ابن ماجة ، كتاب اقامة الصلاة والسنة فيها ، باب من أحق بالامامة ٣١٣/١ .

(٣) انظر : فتح القدير ٣٤٨/١ ، مغنى المحتاج ٢٤٢/١ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١٣٣/١ ، المبسوط ٤١/١ ، مغنى المحتاج ٢٤٢/١ .

الأوّل : ماأخرجه مسلم بسنده إلى أبي مسعود الأنصاري انّه قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (يَؤُمُّ ٱلْقَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِكِتَابِ ٱللّهِ) (١) وتقدم

والثّاني : ماأخرجه مسلم أيضا بسنده إلى أبي سعيد الخدري قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِذَا كَانُوا ثَلاثَةً فَلْيَؤُمَّهُمْ أَحَدُهُمْ وَأَحَقُّهُمْ بِالإِمَامَةِ أَقْرَؤُهُمْ) (٢) .

والثّالث : ماأخرجه ابو داود بسنده الى ابن عباس رضي اللّه عنهما قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (لِيُؤَذِّنْ خِيَارُكُمْ وَلْيَؤُمَّكُمْ قُرَّاؤُكُمْ) (٣) .

ووجه الدّلالة من الأحاديث واضح في تقديم الأقرأ في الإمامة .

وعلّل أصحاب هذا المذهب ماقالوه : بأنّ القراءة لابدّ منها والحاجة إلى الفقه إذا نابت نائبة (٤) .

مناقشة الأدلّة :

* نوقش دليل المذهب الأوّل : وهو قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ بِٱلنَّاسِ) : بأنّه صلّى اللّه عليه وسلّم قدّم ابا بكر على من هو أقرأ منه لتفهم الصّحابة من

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٣٣/١ ، المحلى ٢٠٧/٤ .
والحديث سبق تخريجه ص ١٦٠ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٤٢/١ ، المحلى ٢٠٧/٤ .
والحديث أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساجد ، من أحق بالامامة ١٣٣/٢ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٤٧١/١ .
والحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه .
انظر : سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، في الصلاة ، باب من أحق بالامامة ٢٩٩/٢ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١٣٣/١ .

تقديمه في الإمامة الصّغرى استحقاقه للإمامة الكبرى وتقديمه فيها على غيره (١) .

ويمكن أن يجاب على هذا :

بأنّ ذلك لايتنافى مع كون أبي بكر الأفقه والأعلم فقد صاحب النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم طيلة حياته بل هذا هو السّبب الظّاهر قبل أن يتكلموا في المستحِقّ للإمامة .

* ونوقشت أدلّة المذهب الثّاني : بأنّها كانت في ابتداء الإسلام وكان يستدلّ بحفظ الرّجل على علمه لقرب العهد بالإسلام ولما طال الزّمان وتفقهوا قدّم الأعلم نصّا وكان أبو بكر اعلمهم كما سبق (٢) .

ترجيح :

والّذي يظهر لي ترجيحه هو المذهب الأوّل لقوّة دليله فيكون الأولى بالإمامة هو الأفقه .

فإن استوَوا في ذلك فالأقرأ .

وقد جعل المالكيّة بين هذين السّببين سببا آخر للتّرجيح بين الأئمّة وهو العلم بالحديث فقالوا : يقدّم زائد فقه ثمّ زائد حديث ثمّ زائد قراءة وارادوا بزائد الحديث : واسع الرّواية والحفظ . جاء في الشّرح الكبير : (زائد الحديث أفضل من زائد الفقه ولكن قدّم عليه لزيادة علمه بأحكام الصّلاة) (٣) .

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ١٨١/٢ ، كشاف القناع ٤٧١/١ شرح منتهى الارادات ٢٥٤/١ .
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٣٣/١ .
(٣) الشرح الكبير ٣٤٣/١ . وانظر : الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٥٥/١ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٥/٢ .

السّبب الثّالث : الورع .

الورع من أسباب التّرجيح بين المتزاحمين على الإمامة وهو : اجتناب الشّبهات خوفا من الوقوع فى المحرّمات .(١)

ويعرف الورع بالعفّة ومجانبة الشّهوات والاشتهار بالعبادة وحسن السّيرة بين النّاس .(٢)

ومما يدلّ على تقديم الأورع فى الإمامة :

ما أخرجه الحاكم بسنده الى مرثد بن أبى مرثد الغنوى وكان بدريا قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِنْ سَرَّكُمْ أَنْ تُقْبَلَ صَلَاتُكُمْ فَلْيَؤُمَّكُمْ خِيَارُكُمْ فَإِنَّهُمْ وَفْدُكُمْ فِيمَا بَيْنَكُمْ وَبَيْنَ رَبِّكُمْ) .(٣)

ومن أوّل الخيار الورعون فإذا وجد إمامان مستويان فى الميزات السّابقة ولكن أحدهما يتميّز بالورع : فهو الأولى بالإمامة .

وقد اعتبر الفقهاء الورع من أسباب التّرجيح بين المتزاحمين على الإمامة ولكنّهم اختلفوا فى رتبته :

فالحنفيّة والمالكيّة وابن حزم الظّاهرىّ جعلوه فى

---

(١) انظر : البحر الرائق ٣٦٨/١ ، حاشية الصاوى ٤٥٧/١ ، التعريفات للجرجاني ص ٢٢٥ ، كشاف القناع ٤٧٢/١ .
(٢) انظر : حاشية البجيرمى ٣١٣/١ ، المجموع ٢٨٠/٤ .
(٣) هذا الحديث أخرجه الحاكم وسكت عنه وأقره الذهبى .
انظر : المستدرك مع التلخيص ، كتاب معرفة الصحابة رضى الله عنهم ، ذكر مناقب مرثد بن أبى مرثد الغنوى ٢٢٢/٣ .
ومرثد رضى الله عنه احد البدريين له ولأبيه صحبة وكانا حليفى حمزة بن عبد المطلب رضى الله عنه ، وقتل مرثد فى صفر سنة أربع .
انظر : تهذيب التهذيب ٧٤/١٠ .

المرتبة الثّالثة بعد الفقه والقراءة . (١)

فقد نظر الحنفيّة فى قوله صلّى اللّه عليه وسلّم فى الحديث المتقدّم : (يَؤُمّ ٱلْقَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِكِتَابِ ٱللّهِ فَإِنْ كَانُوا فِي ٱلْقِرَاءَةِ سَوَاءً فَأَعْلَمُهُمْ بِٱلسُّنَّةِ فَإِنْ كَانُوا فِي ٱلسُّنَّةِ سَوَاءً فَأَقْدَمُهُمْ هِجْرَةً ...) . (٢)

فوجدوا أنّ الهجرة تفسّر بمعنيين :

أحدهما : الهجرة بمعنى الانتقال من مكّة إلى المدينة .

والثّانى : الهجرة بمعنى الهجرة من المعاصي لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم فى الحديث الّذى أخرجه البخاري بسنده إلى عبد اللّه بن عمرو عن النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال (... ٱلْمُهَاجِرُ مَنْ هَجَرَ مَانَهَى ٱللّهُ عَنْهُ) . (٣)

ثمّ وجدوا أنّ الهجرة بالمعنى الأوّل قد انتهت لذلك فسّروا الهجرة بالمعنى الثّانى وهو الورع وذكره المتأخرون منهم من مزايا الترجيح . (٤)

وبمثل هذا قال ابن حزم . (٥)

أمّا الشّافعيّة والحنابلة : فقد جعلوا مكان هذا السّبب الهجرة عملا بنصّ الحديث المتقدّم (.. فَأَقْدَمُهُمْ هِجْرَةً) .

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٣٣/١ ، البدائع ١٥٨/١ ، فتح القدير ٣٤٩/١ ، البحر الرائق ٣٦٨/١ .
م : الشرح الكبير ٣٤٤/١ ، حاشية البنانى على شرح الزرقانى على خليل ٢٧/٢ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤٥٧/١ .
ظ : المحلى ٢٠٧/٤ .

(٢) انظر تخريج الحديث فيما سبق ص ١٦٠ .

(٣) انظر : صحيح البخارى ، كتاب الايمان ، باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده ٩٠٨/١ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١٣٣/١ ، البدائع ١٥٨/١ ، فتح القدير ٣٤٩/١ .

(٥) انظر : المحلى ٢٠٨/٤ .

وبيّنوا أنّ الهجرة كانت قبل الفتح من مكة إلى المدينة وبعد الفتح : الهجرة من دار الحرب إلى دار الاسلام .

أمّا الورع : فأخّروه بعد الهجرة والسّنّ والشّرف على خلاف بينهم في التّرتيب (١) .

والظّاهر تقديمه على كلّ ذلك لأنّ الورع فضيلة ذاتيّة بخلاف السّنّ والشّرف وإنّي استحسن ماجاء في شرح منهج الطّلاب من الجمع بين الورع والهجرة ففيه : يقدّم الأورع فالأقدم هجرة (٢) .

السّبب الرّابع : السّنّ .

إذا تساوت الميزات السّابقة في المتزاحمين على الإمامة قدّم أكبرهم سناً . ودليل ذلك :

* قوله صلّى الّله عليه وسلّم في حديث أبي مسعود الانصاري السّابق : (... فَإِنْ كَانُواْ فِي ٱلْهِجْرَةِ سَوَاءً فَأَقْدَمُهُمْ سِنّاً) وفي رواية لمسلم (سِلْمًا) (٣) .

لذلك قال الفقهاء : المعتبر هنا سنّ مضى في الإسلام

---

(١) فقد قال الشافعية في الأصح عندهم : يقدم الأشرف ثم الأقدم هجرة ثم الأسن .
وقال الحنابلة في ظاهر مذهبهم : يقدم الأسن ثم الأشرف ثم الأقدم هجرة وهو قول ثان للشافعية .
وصحح ابن قدامة في المغني تقديم الأقدم هجرة ثم الأسن لحديث أبي مسعود الأنصاري وفيه : (... فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سلما) وفي رواية (سنا) .
انظر : ش : مغني المحتاج ٢٤٣/١ .
ل : منتهى الارادات مع شرحه ٢٥٥/١ .
المغني ١٨٤/٢ .
والحديث صحيح سبق تخريجه ص ١٦٠ .

(٢) شرح منهج الطلاب ٣١٣/١ .

(٣) الحديث صحيح وهو جزء من حديث سبق تخريجه ص ١٦٠ .

فلايقدّم شيخ أسلم قريبا على شاب نشأ فى الإسلام أو أسلم قبله وذلك لرواية (سلما) ولأنّه اذا رجح بالسّن فبالإسلام أولى.(١)

* وقوله صلّى اللّه عليه وسلّم لمالك بن الحويرث فى الحديث الّذى اخرجه البخارى ومسلم : (إِذَا حَضَرَتِ ٱلصَّلَاةُ فَأَذِّنَا ثُمَّ أَقِيمَا وَلْيَؤُمَّكُمَا أَكْبَرُكُمَا).(٢)

فهذا يدلّ على التّرجيح بالسّنّ ، ولم يذكر النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم التّقدّم بالقراءة والعلم لأنّ الظّاهر انّهما متساويان فيه . ويؤيّد ذلك ماجاء فى رواية عند أبى داود : (وكنّا يومئذ متقاربين فى العلم).(٣)

وفى رواية عند مسلم : (وَكَانَا مُتَقَارِبَيْنِ فِي ٱلْقِرَاءَةِ).(٤)

هذا وإنّما كان التّقدّم بالسّنّ بعد توفّر المزايا السّابقة لأنّ المسنّ يجمع الميزات الآتية :

<u>الأولى</u> : أنّه أحق بالتّوقير والتّقديم وقد علّمنا النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم ذلك عندما قال لعبد الرّحمن بن سهل لما تكلّم قبل صاحبيه وكان أصغرهم : (كَبِّرْ ٱلْكُبْرَ).(٥)

---

(١) انظر : البحر الرائق ٣٦٨/١ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ١٣٣/١ ، الشرح الصغير ٢٨٠/٤ ، المجموع ٢٨٠/٤ الكافى لابن قدامة ١٨٧/١ ، شرح منتهى الارادات ٢٥٥/١ .

(٢) انظر : صحيح البخارى ، كتاب الأذان ، باب الأذان للمسافر اذا كانوا جماعة ١٥٥/١ .
صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب من أحق بالامامة ١٣٤/٢.
سنن أبى داود مع معالم السنن ، كتاب الصلاة ، باب من أحق بالامامة ٣٩٦/١ .

(٣) انظر : سنن أبى داود فى الموضع السابق ، وانظر فتح البارى ١٧٠/٢ .

(٤) انظر : صحيح مسلم ، الصلاة ، من أحق بالامامة ١٣٤/٢ . نيل الأوطار ١٩٤/٣ .

(٥) انظر : المغنى لابن قدامة ١٨٤/٢ .
والحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الأدب ، باب اكرام الكبير ويبدأ بالأكبر بالكلام والسؤال ١٠٦/٧ . =

او قال : لِيَبْدَأ الأكْبَرُ (١) .

والثّانية : أنّ الأكبر سنّا : يكون أخشع قلبا وأعظم حرمة ورغبة ، والنّاس في الاقتداء به أكثر فيكون في تقديمه تكثير الجماعة (٢) .

والثّالثة : أنّ من امتدّ عمره في الإسلام كان أكثر طاعة (٣) .

السّبب الخامس : النّسب .

عند تساوي الميزات السّابقة في المتزاحمين على الإمامة يقدّم النّسيب في قول جمهور الفقهاء .

والمراد بالنّسيب : من ينتسب إلى قريش (٤) .

وخالف ابن حزم في التّرجيح بالنّسب وقال : النّاس في الإمامة سواء ولاتفاضل بينهم إلا بالقراءة والفقه وقدم الخير والسّن (٥) .

ومن قال من العلماء بالتّرجيح بالنّسب : استدلّ بعموم الأحاديث الآتية :

الأوّل : ماأخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى أبي هريرة

= صحيح مسلم ، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب القسامة ٩٨/٥ .
جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، أبواب الديات ، ماجاء في القسامة ٦٨٣/٤ .
سنن النسائي ، كتاب القسامة ، تبرئة أهل الدم في القسامة ٦/٨ .

(١) انظر : صحيح مسلم ٩٩/٥ في الكتاب السابق .
(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٣٣/١ ، كشاف القناع ٤٧١/١ .
(٣) انظر : بدائع الصنائع ٣٦٨/١ .
(٤) انظر : فتح القدير ٣٤٩/٢ ، البحر الرائق ٣٦٩/١ ، الشرح الصغير ٤٥٥/١ ، مغني المحتاج ٢٤٢/١ ، المجموع ٢٨٠/٤ ، العزيز ٣٣٤/٤ ، كشاف القناع ٤٧١/١ .
(٥) انظر : المحلى ٢١١/٤ .

رضي اللّه عنه انّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (آلنَّاسُ تَبَعٌ لِقُرَيْشٍ فِي هَذَا آلشَّأْنِ مُسْلِمُهُمْ تَبَعٌ لِمُسْلِمِهِمْ وَكَافِرُهُمْ تَبَعٌ لِكَافِرِهِمْ) (١) .

جاء في المجموع : (هذا الحديث وإن كان واردا في الخلافة فيستنبط منه إمامة الصّلاة) (٢) اى بقياسها على الخلافة .

الثّاني : ماأخرجه الحاكم بسنده إلى علي رضى اللّه عنه قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (آلْأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ ...) (٣) .

والثّالث : ماأخرجه الشّافعي بسنده إلى ابن شهاب (٤) أنّه بلغه انّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (قَدِّمُوا قُرَيْشاً وَلَاتَقَدَّمُوهَا) (٥) .

---

(١) انظر : صحيح البخارى ، باب المناقب ١٥٤/٤ .
صحيح مسلم ، كتاب الأمارة ، باب الناس تبع لقريش والخلافة في قريش ٢/٦ .
(٢) المجموع ٢٨٠/٤ .
(٣) انظر : كشاف القناع ٤٧١/١ .
الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك وسكت عنه وأقره الذهبي . كما أخرجه الامام احمد في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه والبيهقي في سننه بسندهم الى أنس رضى الله عنه .
انظر : المستدرك مع التلخيص ، كتاب معرفة الصحابة ، موالاة قريش أمان اهل الأرض ٧٦،٧٥/٤ .
سنن البيهقي ، كتاب الصلاة ، باب من قال يؤمهم ذو نسب اذا استووا في القراءة والفقه ١٢١/٣ .
مسند الامام احمد ، مسند أنس رضى الله عنه ١٨٣،١٢٩/٣ .
مصنف ابن ابي شيبة ، كتاب الفضائل ، ماذكر في فضل قريش ١٧٠/١٢ .
(٤) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري القرشي : الفقيه الحافظ قال فيه عمر بن عبد العزيز : (لاأعلم أحدا أعلم بسنة منه) توفى سنة ١٢٥هـ وقيل قبل ذلك .
انظر : تذكرة الحفاظ ١٠٨/١ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٦/٥ طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٤٨ .
(٥) انظر : الأم ١٤٣/١ ، المغنى لابن قدامة ١٨٤/٢ .
والحديث أخرجه الشافعي في المسند والأم وابن أبي شيبة والبيهقي من طرق مختلفة . =

واخيرا :

إذا تساوى المتزاحمون على الإمامة في كلّ ذلك أو في مزيّة منها واختلفوا : يقرع بينهم .

لأنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللّٰهُ عَنْهُ أَقْرَعَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ يَوْمَ ٱلْقَادِسِيَّةِ فِي ٱلأَذَانِ فَالإِمَامَةُ أَوْلَىٰ (١) .

هذا كلّه إذا كان المتزاحمون في مكان ليس له صاحب اختصاص به أمّا إذا كان ذلك فيأتي الكلام عنه في المطلب التّالي بإذن اللّه .

= وجاء في الجامع الصغير للسيوطي ، وصححه : ان أسانيده صحيحة .
انظر : تلخيص الحبير بحاشية المجموع ٣٣٤/٤ .
الجامع الصغير للسيوطي ٢٥٣/٢ ، صحيح الجامع الصغير ١٣٦/٣ .
مسند الشافعي ، من كتاب الأشربة وفضائل قريش وغيره ص ٢٧٨ .
مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الفضائل ، ماذكر في فضل قريش ١٦٩/١٢ .
سنن البيهقي ، كتاب الصلاة ، باب من قال يؤمهم ذو نسب ١٢١/٣ .

(١) انظر : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤٥٧/١ ، كشاف القناع ٤٧٣/١ ، المغني ١٨٥/٢ .
والأثر اخرجه البخاري في صحيحه معلقا بقوله : ويذكر أن اقواما اختلفوا في الأذان فاقرع بينهم سعد .
وجاء في فتح الباري : (اخرجه سعيد بن منصور والبيهقي منقطعا وقد وصله سيف بن عمر في الفتوح والطبري ...) .
انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الأذان ، باب الاستهام في الأذان ٩٦/٢ .

المطلب الثالث : التّقدم في الإمامة باعتبار المكان

إن للمكان الّذي تؤدّى فيه الصّلاة أثرا فى التّرجيح بين الأئمّة لأنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم أعطى صاحب المكان الحقّ في الإمامة وذلك فى الحديث الّذى أخرجه مسلم بسنده إلى أبى مسعود الأنصاري قال : قال رسولُ اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (... وَلَا يَؤُمَّنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ وَلَا يَقْعُدْ فِي بَيْتِهِ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ)(١) .

وصاحب المكان : إمّا أن يكون مالكا له ، وإمّا أن يكون إماماً راتباً فى المسجد ، وإما أن يكون ذا ولاية خاصّة كأمير البلد وقاضيها ، وإمّا أن يكون ذا ولاية عامّة كملك الدّولة أو رئيسها .

فمالك البيت :

- إن كان ساكناً فيه : فهو أحقّ بالتقدّم من غيره ما كان أهلاً للامامة وان وجد معه من يفضله فى الأسباب المرجّحة للأئمّة ويستحبّ له أن ياذن لمن هو أفضل منه .

وهذه الأحقيّة على سبيل الوجوب عند الحنابلة فتحرم إمامة غيره بلا إذنه للنّهى الوارد فى الحديث السّابق(٢) .

وهى على سبيل النّدب عند غيرهم فتكره إمامة غير

---

(١) هذا الحديث صحيح أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة واللفظ لمسلم .
وهو تتمة حديث : (يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله ...) وقد سبق تخريجه ص ١٦٠ .
ومعنى تكرمته : فراشه ونحوه مما يبسط لصاحب المنزل ويخص به وهى بفتح التاء وكسر الراء .
انظر : شرح النووى على صحيح مسلم ١٧٤/٥ .

(٢) انظر : شرح منتهى الارادات ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ٤٧٣/١

المالك بلا إذنه عند المالكيّة والشافعيّة (١) .

وتجوز بلا كراهة عند الحنفيّة لأنّ الظّاهر أنّ المالك يأذن لضيفه إكراما له (٢) .

هذا إن كان مالك البيت ساكناً فيه .

- وامّا إن كان مؤجرا له او معيرا له ثم اجتمع مع المستاجِر والمستعير في بيته : فالمستاجِر والمستعير اولى بالإمامة منه . لانّهما احقّ بمنافع البيت وهما اعلم بطهارة المكان .

وهذا في قول الحنفيّة والمالكيّة (٣) .

وهو قول الشّافعيّة والحنابلة في المستاجِر دون المستعير . امّا المستعير : فيقدّم المعير عليه .

لانّه يملك الرّقبة والمنفعة والإعارة عندهم إباحة المنافع لاتمليكها .

ولأنّ المعير يملك الرّجوع فيها في كلّ وقت (٤) .

وردّ ابن عابدين (٥) رحمه اللّه ذلك : بأنّ المعير وإن كان

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٤٥٤/١ ، مواهب الجليل والتاج والاكليل ١٢٩/٢ .
ش : مغني المحتاج ٢٤٤/٢ ، العزيز ٣٣٦/٤ .

(٢) انظر : رد المحتار ٣٧٥/١ نقلا عن التتارخانية .

(٣) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ٣٧٥/١ .
م : الشرح الصغير ٤٥٤/١ ، التاج والاكليل ١٢٩/٢ .

(٤) انظر : ش : مغني المحتاج ٢٤٤/١ ، المجموع ٢٨٤/٤،٢٨٥ العزيز ٢٣٦/٤ وهذا هو الأصح عندهم .
ل : كشاف القناع ٤٧٤/١ ، المغني ٢٠٦/٢ وهذا هو الظاهر عندهم .

(٥) ابن عابدين : هو محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عمره كان مولده سنة ١١٩٨هـ ، ووفاته سنة ١٢٥٢هـ . من مؤلفاته : رد المحتار على الدر المختار يعرف بحاشية ابن عابدين ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية .
انظر : الأعلام ٤٢/٦ ، مشايخ بلخ من الحنفية ٨٩٠/٢ .

له أن يرجع بخلاف المؤجر لكنّه مالم يرجع يبقى المستعير أحقّ لأنّ المنافع تحت يده ، والكلام فى ذلك فإذا رجع المعير لم تبق العارية وخرجت المسالة عن موضوعها (١) .

<u>وأمّا إمام المسجد الرّاتب</u> : فيقال فيه ماقيل فى مالك البيت السّاكن فيه فهو أولى بالإمامة من غيره لأنّه فى معنى صاحب البيت (٢) .

وقد أخرج الشّافعي رحمه اللّه فى مسنده والبيهقي فى سننه إلى نافع ـ مولى ابن عمر رضى اللّه عنه ـ قال : أُقِيْمَتِ ٱلصَّلَاةُ فِي مَسْجِدٍ بِطَائِفَةٍ مِنَ ٱلْمَدِيْنَةِ وَلابْنِ عُمَرَ قَرِيْبًا مِنْ ذَلِكَ ٱلْمَسْجِدِ أَرْضٌ يعملها ، وَإِمَامُ ذَلِكَ ٱلْمَسْجِدِ مَوْلَى لَهُ وَمَسْكَنُ ذَلِكَ ٱلْمَوْلَى وَأَصْحَابِه ثَمَّةَ قَالَ : فَلَمَّا سَمِعَهُمْ عَبْدُ اللّهِ جَاءَ لِيَشْهَدَ مَعَهُمُ ٱلصَّلَاةَ فَقَالَ لَهُ ٱلْمَوْلَى صَاحِبُ ٱلْمَسْجِدِ تَقَدَّمْ فَصَلِّ فَقَالَ عَبْدُ اللّهِ : أَنْتَ أَحَقُّ أَنْ تُصَلِّيَ فِي مَسْجِدِكَ مِنِّي فَصَلَّى ٱلْمَوْلَى (٣) .

---

(١) انظر : رد المحتار ٣٧٥/١ بتصرف .

(٢) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ٣٧٥/١ .
م : الشرح الصغير ٤٥٤/١ .
ش : مغني المحتاج ٢٤٤/١ ، المجموع ٢٨٤/٤ .
ل : كشاف القناع ٤٧٣/١ .

(٣) هذا الأثر أخرجه الشافعي فى مسنده عن عبد المجيد عن ابن جريج قال : اخبرني نافع ـ وساقه ـ .
وعبد المجيد هو ابن عبد العزيز بن أبي رواد الأزدي مولى المهلب ابو عبد الحميد المكي ، وقد وثقه كثير من العلماء ، وكان أعلم الناس بحديث ابن جريج .
وابن جريج هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولاهم روى الأثرم عن الامام احمد انه اذا قال ابن جريج اخبرني وسمعت فحسبك به ، وعلى هذا فالأثر صحيح .
انظر : مسند الامام الشافعي ، من كتاب الامامة ص ٥٥ .
سنن البيهقي ، كتاب الصلاة ، باب الامام الراتب أولى من الزائر ١٢٦/٣ .
تهذيب التهذيب ٣٣٩/٦ (ترجمة عبد المجيد) ، ٣٥٧/٦ (ترجمة ابن جريج) .

أمّا الوالي سواء أكانت ولايته خاصّة أم عامّة :

فيقدّم على الجميع إذا كان ممّن تصحّ إمامته إلاّ أنّه يراعى في الولاة تفاوت الدّرجة فالإمام الأعظم أولى ثمّ الأدنى فالأدنى من الولاة والحكّام وللوالي الحقّ في تقديم من شاء ممّن تأهّلوا للإمامة .

والدّليل على ذلك :

حديث أبي مسعودٍ الأنصاريّ السّابق وفيه : (... وَلَايَؤُمَّنَّ ٱلرَّجُلُ ٱلرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ ... إِلَّا بِإِذْنِهِ) (١) .

ولأنّه صلّى اللّه عليه وسلّم أمّ عِتْبَانَ بْنَ مَالِكٍ وَأَنَسًا فِي بُيُوتِهِمَا (٢) .

---

(١) انظر المراجع السابقة في الامام الراتب .
والحديث سبق تخريجه ص ١٦٠ .

(٢) حديث عتبان أخرجه البخاري ومسلم .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الصلاة ، باب اذا زار الامام قوما فأمهم ١٦٨/١ .
صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب الرخصة في التخلف عن الجماعة ١٢٦/٢ .
وحديث أنس أخرجه البخاري ومسلم أيضا .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الصلاة ، باب وضوء الصبيان ومتى يجب عليهم الغسل والطهور وحضورهم الجماعة ٢٠٩/١ .
صحيح مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب جواز الجماعة في النافلة ١٢٧/٢ .

الفصل الثاني

شادية كركي

الحقوق المتعلقة بالتركة

وفيه

تمهيد ومبحثان

والمبحث الأول: تزاحم الزكاة والدين

والمبحث الثاني: تزاحم الزكاة وحق المرتهن

الفصل الثّانيّ

الحقوق المتعلّقة بالزّكاة

الزّكاة حقّ للّه تبارك وتعالى واجب في المال .

وقد أعلن القرآن الكريم هذا الوجوب في آيات عدة بصيغة الأمر الصّريح في قوله تعالى : {وَآتُوا الزَّكَاةَ} (١) وبين أنّها حقّ في المال في قوله تعالى : {وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} (٢) وفي قوله عزّ وجلّ : {وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ۝ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} (٣) ، وفي قوله : {كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ} (٤) .

وقد بيّنت السنّة النّبويّة المطهّرة الأموال الّتي تجب فيها الزّكاة ونصاب كلّ منها ، ومقدار الواجب فيها كما فصّلت القول في الجهات الّتي يصرف لها هذا الحقّ والمذكورة في قوله سبحانه : {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ} (٥) .

ولذلك قاتل الصّدّيق رضي اللّه عنه مانعي الزّكاة وقال : (... وَاللَّهِ لَأُقَاتِلَنَّ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ

---

(١) سورة البقرة : ٤٣
والللفظ ورد في آيات كثيرة أخرى من القرآن .
(٢) سورة الذاريات : ١٩
(٣) سورة المعارج:٢٤،٢٥ . وانظر تفسير النسفي ٣١٠/٤ ، الكشاف ١٥٩/٤ .
(٤) سورة الأنعام : ١٤١
(٥) سورة التوبة : ٦٠

حقَّ المالِ ...)(١) .

وهذا التّأكيد على وجوب الزّكاة في المال يجعل الإنسان في حيرة عندما تتزاحم عليه الزّكاة مع حقّ آخر كحقّ الدّائن وحقّ المرتهن ويحتاج إلى معرفة مايقدّم منها .

وهو ماعقدت له هذا الفصل وسيكون الكلام في ذلك في تمهيد ومبحثين :

---

(١) انظر : صحيح البخارى ، باب وجوب الزكاة ١١٠/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الايمان ، باب الأمر بالايمان بالله ورسوله وشرائع الدين والدعاء اليه ٣٨/١ .

تمهيد

تعلّق الزّكاة بالعين أو بالذّمّة

اختلف الفقهاء فيما تتعلّق به الزّكاة بعد وجوبها في مال من الأموال على مذهبين :

الأوّل : أنّها تتعلّق بعين المال .

وهو قول الجمهور من الحنفيّة ، والمالكيّة ، والشّافعيّة في قول لهم ، والحنابلة في ظاهر مذهبهم .

والمذهب الثّاني : أنّها تتعلّق بالذّمّة .

وهو قول ابن حزم الظّاهري ، وقول للشّافعيّة ، وإحدى الرّوايتين عند الحنابلة .(١)

الأدلّة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ الجمهور على تعلّق الزّكاة بعين المال بأدلّة من الكتاب والسّنّة .

أمّا الكتاب :

فقوله تعالى : {وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ}(٢) .

(١) انظر : ف : المبسوط ١٧٣/٢ .
م : المنتقى ١١٦/٢ ، الشرح الصغير ٦٤٧/١ .
ش : مغني المحتاج ٤١٨/١ ، المجموع ٣٧٧/٥ ، العزيز ٥٥١/٥ .
ل : المغني ٦٧٩/٢ ، كشاف القناع ١٨٠/٢ ، الروض المربع ١٠٨/١ ، القواعد لابن رجب ص ١٩٤ .
ظ : المحلى ٢٦٢/٥ .

(٢) سورة الذاريات : ١٩

وقوله تعالى : {وَٱلَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ۝ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} (١) .

وقوله تعالى : {خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا} (٢) .

وأمّا السنّة : فأحاديث منها :

* ماأخرجه البخاري بسنده إلى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما أنّ النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم بعث معاذاً إلى اليمن ـ وكان مما قال له ـ :

(... أَعْلِمْهُمْ أَنَّ ٱللَّهَ ٱفْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَىٰ فُقَرَائِهِم) (٣) .

وفي لفظ للبخاري : (أَخْبِرْهُمْ أَنَّ ٱللَّهَ قَدْ فَرَضَ عَلَيْهِمْ زَكَاةً تُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ) (٤) .

* وماأخرجه البخاري بسنده إلى أنس رضي اللّه عنه أنّ أبا بكر رضي اللّه عنه كتب له هذا الكتاب لما وجّهه إلى البحرين ـ وفيه الصّدقة الّتي فرضها رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلم ـ (... وَفِي صَدَقَةِ ٱلْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ : شَاةٌ ...) (٥) .

* وماأخرجه البخاريّ بسنده إلى ابن عمر رضي اللّه عنهما عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (فِيمَا سَقَتِ ٱلسَّمَاءُ وَٱلْعُيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيّاً : ٱلْعُشْرُ ، وَمَاسُقِيَ بِٱلنَّضْحِ :

---

(١) سورة المعارج : ٢٤، ٢٥
(٢) سورة التوبة : ١٠٣
(٣) انظر : صحيح البخاري ، باب وجوب الزكاة ١٠٨/٢ .
(٤) نفس المرجع السابق ، باب وجوب الزكاة ، باب لاتؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة ١٢٥/٢ .
(٥) انظر : صحيح البخاري ، في الزكاة ، باب زكاة الغنم ١٢٤/٢ .

نصفُ العشرِ)[1] .

ووجه الدّلالة من الآيات والأحاديث السّابقة أنّ حرف (في) في بعضها يفيد الظّرفية ، وحرف (من) في بعضها الآخر يفيد التّبعيض وهذا يعني أنّ الزّكاة متعلّقة بالمال وهي جزء منه[2] .

أدلّة المذهب الثّاني :

استدلّ ابن حزم ومن معه على تعلّق الزّكاة بالذّمّة : بالإجماع واستدلّ غيره بالقياس :

* أمّا الإجماع : فلاخلاف بين أحد من الأمّة في أنّه يجوز لمن وجبت عليه زكاة مال من الأموال أن يعطي زكاته من غير ذلك المال ولايجبر أن يعطي من عين ماله الذي وجبت فيه[3]

* وأمّا القياس : فقاسوا الزّكاة على صدقة الفطر في جواز إخراجها من غير النّصاب[4] .

مناقشة وترجيح :

أرى أنّ قول الجمهور هو الرّاجح .

وما استدلّ به ابن حزم ومن معه من الإجماع على جواز

---

(١) نفس المرجع السابق ، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري ١٣٣/٢ .
ومعنى العثري : مايسقى بالسيل الجاري في حفر وتسمى الحفرة عاثوراء لتعثر المار بها اذا لم يعلمها .
ومعنى سقي بالنضح : أي سقي من الآبار بالقرب أو بالسانية .
انظر : الحاشية التي على صحيح البخاري لأحمد بن محمد الخطيب القسطلاني ١٣٣/٢ .

(٢) انظر : المنتقى للباجي ١١٦/٢ ، المغني لابن قدامة ٦٧٩/٢ ، كشاف القناع ١٨٠/٢ .

(٣) انظر : المحلى ٢٦٢/٥ ، مراتب الاجماع لابن حزم ص ٣٧ ، المغني لابن قدامة ٦٧٩/٢ .

(٤) انظر : نفس المرجع السابق .

إخراج الزّكاة من غير النّصاب : إنّما هو رخصة من الشّارع : لأنّ الأدلّة الّتى استدلّ بها الجمهور صريحة فى وجوبها فى عين المال فيتعيّن الجمع بين هذه الأدلّة والإجماع بما قلنا .

ويمكن أن يجاب بهذا الجواب عن قياسهم الزّكاة على زكاة الفطر . فالأداء من غير المال فى صدقة الفطر على سبيل العزيمة لكن هنا على سبيل الرّخصة . والله أعلم .

أنواع تعلّق الزّكاة بعين المال :

إنّ القائلين بتعلّق الزّكاة بعين المال : اختلفوا فى نوع هذا التّعلّق على أقوال :

الأوّل : أنّه تعلّق استيفاء كتعلّق الأرش (١) برقبة العبد الجانى .

وهو قول الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة فى أحد أقوالهم والحنابلة فى ظاهر مذهبهم .

فقد قاسوا حقّ الزّكاة على حقّ أولياء الجناية في رقبة العبد الجانى لأنّ الزّكاة تسقط بهلاك النّصاب كما يسقط الأرش بموت العبد الجانى (٢) .

والثّاني : أنّه تعلّق رهن .

وهو قول ثان للشّافعيّة .

فقد قاسوا الزّكاة على الرّهن فإنّها تتعلّق بالمال

---

(١) الأرش : هو دية الجناية . انظر المصباح المنير مادة (أرش) .

(٢) انظر : ف : المبسوط ١٧٣/٢ .
م : المنتقى ١١٦/٢ .
ش : العزيز ٥٥١/٥ ، المجموع ٣٧٧/٥ ، مغنى المحتاج ٤١٨/١ .
ل : الروض المربع ١٠٨/١ ، كشاف القناع ١٨٠/٢، ١٨١ .

كتعلّق حقّ المرتهن بالرّهن لأنّه لو امتنع مالك النّصاب من الأداء ولم يجد الإمام الواجب فى ماله باع بعض ماله واشترى واجبه كما يباع المرهون فى الدّين (١) .

والثّالث : انّه تعلّق شركة .

وهو قول ثالث للشّافعيّة .

فقد قاسوا الزّكاة على الشّركة فإنّها تتعلّق بالمال كتعلّق حقّ الشّريك فى المال المشترك لأنّها تجب بصفة المال من الجودة والرّداءة ولو امتنع المالك من إخراجها أخذها الإمام منه قهرا كما يقسم المال المشترك إذا امتنع بعض الشركاء من قسمته (٢) .

---

(١) انظر : المراجع السابقة للشافعية .
(٢) انظر : نفس المراجع السابقة ايضا .

المبحث الأوّل

تزاحم الزّكاة والدّين

إذا ملك الإنسان مالا يبلغ نصابا تجب فيه الزّكاة ، وكان عليه دين يستغرق هذا النّصاب أو ينقصه : فعندئذ تتزاحم الزّكاة مع الدّين (١) .

وقد اختلف الفقهاء في المقدّم منهما على مذهبين :

الأوّل : انّ الدّين هو المقدّم فإنّه يمنع وجوب الزّكاة .

وهو قول الجمهور من الحنفيّة ، والمالكيّة ، والحنابلة وقول للشّافعيّة على خلاف بينهم في المراد بهذا الدّين .

- فقال الحنفية : إنّ الدّين المانع لوجوب الزّكاة هو ماله مطالب من جهة العباد وهو : ديون الإنسان كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلف ، وديون اللّه عزّ وجلّ الّتى يجبر الحاكم الإنسان على أدائها كالخراج والعشر وزكاة السّائمة ومايمرّ به على العاشر .

امّا مالامطالب له من جهة العباد : فلايمنع وجوب الزّكاة كالكفّارات والنّذور وصدقة الفطر (٢) .

- وقال المالكيّة : إنّ الدّين يمنع وجوب الزّكاة في الأموال الباطنة وهي : الذّهب والفضّة وعروض التّجارة إذا كان له مطالب واشترطوا لذلك : الاّ يملك المدين من العروض الّتى تباع على المفلس والّتى حال عليها الحول مايفي بدينه ، فإن

---

(١) وسيأتى الكلام عن تزاحم الزكاة والدين فى التركة وذلك فى الباب الثالث - فصل الحقوق المتعلقة بالتركة .

(٢) انظر : تبيين الحقائق مع حاشية الشلبى ٢٥٤/١ ، الدر المنتقى بحاشية مجمع الأنهر ١٩٣/١ ، الهداية مع فتح القدير ١٦٠/٢ .

ملكها جعلها فى نظير الدّين الّذى عليه ويزكّى ماعنده من الأموال الباطنة .

وأمّا الأموال الظّاهرة وهي : الحرث والماشية والمعدن : فلايمنع الدَّين وجوب الزّكاة فيها (١) .

وماقاله المالكيّة من أنّ الدَّين يمنع وجوب الزّكاة فى الأموال الباطنة دون الظاهرة : هو قول للشّافعيّة والحنابلة (٢) .

- وقال الحنابلة فى ظاهر مذهبهم : إن كلّ دَين يمنع وجوب الزّكاة فى قدره سواء أكان الدَّين حالاّ أم مؤجّلا ، في الأموال الباطنة أم الظّاهرة ، للّه تعالى أم للإنسان (٣) .

والمذهب الثّاني : أنّ الزّكاة مقدّمة على الدّين فهو لايمنع وجوبها سواء أكان حالاّ أم مؤجّلا ، من جنس المال أم من غير جنسه ، للّه تعالى أم للإنسان .

---

(١) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٨٤،٤٨٠/١ ، الشرح الصغير ٦٤٧/١ ، الفواكه الدوانى ٣٨٧/١ ، المنتقى ١١٧/٢ ، الخلاصة الفقهية لمحمد العربى القروى ص ١٧٦ .
هذا وما اشترطه المالكية من عدم ملك المدين من العروض التى تباع على المفلس : هو قول زفر من الحنفية اذا كان مايملكه الانسان من العروض من جنس الدين .
وخالف فى ذلك الحنابلة فى ظاهر مذهبهم والحنفية فقالوا : ان الدين يجعل فى مقابلة مامعه من المال الزكوى فلايزكيه لئلا يخل بالمواساة ولأن تلك العروض كملبوسه فى أنه لازكاة فيها فكذا فيما يمنعها .
انظر : البدائع ٦/٢ ، كشاف القناع ١٧٦/٢ .

(٢) انظر : ش : مغنى المحتاج ٤١١/١ ، المجموع ٣٤٣/٥ .
ل : المغنى ٤١/٣ ، الكافى ٢٨١/١ .
تنبيه : الشافعية عدوا المعدن من الأموال الظاهرة بخلاف الحنابلة .

(٣) انظر : كشاف القناع ١٧٦،١٧٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣٦٩،٣٦٨/١ .

وهو مذهب الظّاهريّة ، والأظهر عند الشّافعيّة إلاّ أنّ الشّافعيّة استثنوا من ذلك ما إذا عيّن الحاكم لكل من غرماء المفلّس شيئا من ماله ومكّنهم من أخذه فحال الحول قبل أخذه فلازكاة عليه لضعف ملكه (١) .

الأدلّـــة

أدلّة المذهب الأوّل :

أوّلا : أدلّة الحنفيّة .

استدلّ الحنفيّة على ماقالوه :

بمـا أخرجه مالك ـ وغيره ـ بسنده إلى السّائب بن يزيد أنّ عثمان بن عفان كان يقول : هَذَا شَهْرُ زَكَاتِكُمْ فَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيُؤَدِّ دَيْنَهُ حَتَّى تَحْصُلَ أَمْوَالُكُمْ فَتُؤَدُّونَ مِنْهَا الزَّكَاةَ (٢) .

---

(١) انظر : ظ : المحلى ١٠١/٦، ١٠٢ .
ش : شرح منهج الطلاب ٥٥/٢ .
مغني المحتاج ٤١١/١ .

(٢) هذا الأثر أخرجه مالك في موطئه عن ابن شهاب الزهري عن السائب ـ واللفظ له ـ .
وأخرجه أبو عبيد في الأموال عن ابراهيم بن سعد عن الزهري عن السائب .
وأخرجه البيهقي في سننه الى أبي اليمان قال : أخبرني شعيب عن الزهري قال : أخبرني السائب بن يزيد ـ ثم ذكر الأثر ـ وقال : رواه البخاري في صحيحه عن أبي اليمان .
وقد حرصت جاهدة على العثور عليه في البخاري ولكني وجدته لم يذكر نص الأثر بل قال : عن أبي اليمان أخبرنا شعيب عن الزهري أخبرني السائب أنه سمع عثمان ابن عفان خطيبا على منبر النبي صلى الله عليه وسلم .
انظر : موطأ مالك بشرح المنتقى ، كتاب الزكاة ، الزكاة في الدين ١١٢/٢ .
الأموال لأبي عبيد ، باب الصدقة في التجارات والديون ص ٥٣٤ .
=

ووجه الدّلالة منه : أنّ عثمان رضي اللّه عنه قال ذلك بمحضر من الصّحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعا منهم على أنّه لاتجب الزّكاة فى القدر المشغول بالدّين (١).

إلا أنّه لايمنع الزّكاة من الدّيون إلا ماله مطالب من جهة العباد :

وذلك لأنّ المدين يكون محتاجاً لما فى يده من المال حاجة أصليّة ليدفع عنه المطالبة والملازمة والحبس فى الحال والمؤاخذة فى المآل إذ الدّين حائل بينه وبين الجنة .وأىّ حاجة أعظم من هذه فاعتبر هذا المال معدوما كالماء المستحَق للعطش وثياب البذلة والمهنة حتّى جاز التّيمم مع ذلك الماء ولم تجب الزّكاة وإن بلغت ثياب البذلة نصابا (٢).

أمّا الدّيون الّتى لامطالب لها من جهة العباد فإنها لاتمنع وجوب الزّكاة لأنّ أثر هذه الدّيون فى أحكام الآخرة وهو الثّواب بالأداء والإثم بالتّرك ، ولاأثر لها فى أحكام الدّنيا لأنّ الإنسان لايجبر على أدائها ولايحبس فكانت ملحقة بالعدم فى حقّ أحكام الدّنيا (٣).

ثانيا : أدلّة المالكيّة .

استدلّ المالكيّة ومن معهم على أنّ الدَّين لايمنع وجوب

= سنن البيهقى ، كتاب الزكاة ، باب الدين مع الصدقة ١٤٨/٤ .
صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب ماذكر النبى صلى الله عليه وسلم وحض على اتفاق أهل العلم ٣٠٥/١٢ .

(١) انظر : البدائع ٦/٢ .
(٢) انظر : البدائع ٦/٢ ، فتح القدير ١٦٠/٢ .
(٣) انظر : البدائع ٦/٢ ، مجمع الأنهر ١٩٢/١ .

الزّكاة فى الأموال الظّاهرة بخلاف الباطنة :

بأنّ السنّة جاءت بإسقاط الدّين لزكاة الأموال الباطنة من الذّهب والفضّة ... بخلاف غيرها .

فقد كان النّبىّ صلىّ اللّه عليه وسلّم وابو بكر وعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز يبعثون السّعاة فيأخذون الزّكاة من اربابها ولاينقصون شيئا لأجل الدّين من الأموال الظّاهرة من ثمر وماشية وغيرها .. وقد قاتل ابو بكر رضى اللّه عنه مانعيها .

كما انّه لم يأت انّهم استكرهوا أحدا على زكاة المال الباطن ولاطالبوه بها إلاّ أن يأتى بها طوعا لأنّها موكولة إلى أمانة أربابها لخفائها فيقبل قولهم فى أن عليهم دينا كما يقبل قولهم فى إخراجها (١) .

وعلّل الشّافعيّة ماقالوه هنا : بأنّ الأموال الظّاهرة تنمو بنفسها ، والباطنة تنمو بالتّصرف فيها ، والدّين يمنع من ذلك التّصرف ويحتاج إلى صرفها فى قضائه (٢) .

وعلّله الحنابلة : بأنّ تعلّق قلوب الفقراء وأطماعهم بالأموال الظّاهرة اكثر والحاجة إلى حفظها أوفر فكانت الزّكاة فيها اوكد (٣) .

ثالثا : ادلّة الحنابلة .

استدلّ الحنابلة على انّ الدّين يمنع وجوب الزّكاة فى

---

(١) انظر : الفواكه الدوانى ٣٨٧/١ ، شرح الزرقانى على خليل ١٦٤/١ ، المغنى لابن قدامة ٤١/٣ .
(٢) انظر : مغنى المحتاج ٤١١/١ ، المجموع ٣٤٣/٥ .
(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ٤٢،٤١/٣ .

قدره سواء اكان حالاً ام مؤجّلا ، فى الأموال الظّاهرة ام الباطنة ، للّه تعالى أم للإنسان :

* بالاثر السّابق عن عثمان بن عفان رضي اللّه عنه (١) .

ووجه الدّلالة منه : انّه رضي اللّه عنه قال ذلك بمحضر من الصّحابة ولم ينكروه فدلّ على اتفاقهم على أنّه لاتجب الزّكاة فى القدر المشغول بالدّين وهو عامّ فى كلّ دين (٢) .

* وبما اخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما قال : جاء رجل إلى النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم فقال : إِنَّ أُمِّي مَاتَتْ وَعَلَيْهَا صَوْمُ شَهْرٍ أَفَأَقْضِيهِ عَنْهَا فَقَالَ : لَوْ كَانَ عَلَى أُمِّكَ دَيْنٌ أَكُنْتَ قَاضِيهِ عَنْهَا ، قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَدَيْنُ اللّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى (٣) .

ووجه الدّلالة منه : انّ فى قوله صلّى اللّه عليه وسلّم (دَيْنُ اللّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى) دليلاً على وجوب قضاء دين اللّه تبارك وتعالى كالكفّارات والزّكاة والنّذر المطلق ودين الحجّ والإطعام فى قضاء رمضان ، فكان كدين الآدمي فى منعه وجوب الزّكاة فى قدره (٤) .

وعلّل الحنابلة ماقالوه : بانّ الزّكاة إنّما تجب على الأغنياء وتدفع إلى الفقراء لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (أَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ تُؤْخَذُ مِنْ

---

(١) الأثر سبق تخريجه فى أدلة الحنفية ص ١٨٤ .

(٢) انظر : المغنى ٤١/٣ ، كشاف القناع ١٧٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣٦٩/١ .

(٣) انظر : صحيح البخارى ، كتاب الصوم ، باب من مات وعليه صوم ٢٤٠/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميت ١٥٥/٣ .

(٤) انظر : كشاف القناع ١٧٥/٢ ، المغنى ٤٥/٣ .

أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ) (١) .

وقوله صلّى الله عليه وسلّم : (لَاصَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرِ غِنًى) (٢) .

ومن عليه دين يحلّ له أخذ الزّكاة فيكون فقيرا فلاتجب عليه الزّكاة لأنّها لاتجب إلا على الأغنياء .

ثم إنّ الزّكاة إنّما وجبت مواساة للفقراء وشكرا لنعمة الغنى والمدين محتاج إلى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشدّ وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لحاجة غيره (٣) .

وهذا يقال في كلّ دَين .

أدلّة المذهب الثّاني :

استدلّ الظّاهريّة ، والشّافعيّة في أظهر أقوالهم على أنّ الدّين لايمنع وجوب الزّكاة .

- بإطلاق الأدلّة الموجبة للزّكاة وعموماتها من غير تقييد ولاتخصيص (٤) .

كقوله تعالى : {وَآتُوا الزَّكَاةَ} (٥) .

---

(١) هذا الحديث سبق تخريجه ص ١٧٨ .
(٢) هذا الحديث بهذا اللفظ أخرجه الامام أحمد في مسنده من عدة طرق عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا ، وأخرجه البخاري في صحيحه معلقا . وأخرجه بلفظ آخر بسنده الى أبي هريرة مرفوعا (خير الصدقة ماكان عن ظهر غنى ...) وأخرجه مسلم بلفظ يقرب من هذا .
انظر : نصب الراية ٤١١/٢ ، مسند الامام أحمد ، مسند أبي هريرة رضي الله عنه ٢٣٠/٢، ٤٣٤، ٥٠١ .
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الوصايا ، تأويل قوله تعالى : {من بعد وصية يوصي بها أو دين} النساء : ١٢ ، ٢٧٧/٥ (لاصدقة الا عن ...) . وأيضا كتاب النفقات ، وجوب النفقة على الأهل والعيال ٥٠٠/٩ (خير الصدقة ...) .
صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، بيان أن اليد العليا خير من السفلى ٩٤/٣ .
(٣) انظر : المغني ٤١/٣ ، شرح منتهى الارادات ٣٦٩/١ .
(٤) انظر : مغني المحتاج ٤١١/١ ، المحلى ١٠٢/٦ .
(٥) سورة البقرة : ٤٣

وقوله سبحانه : {خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا}(١) .

ولذلك قال ابن حزم : إسقاط الدّين زكاة مابيد المدين لم يأت به قرآن ولاسنة ولاإجماع ، بل قد جاءت السّنن الصّحاح بإيجاب الزّكاة بغير تخصيص من عليه دين ممّن لادين عليه(٢) .

وقد علّل الشّافعيّة ذلك : بأنّ المدين مالك للنّصاب نافذ التّصرف فيه فعليه زكاته ، ولأنّ الزّكاة تتعلّق بالعين ، والدّين يتعلّق بالذّمّة فلايمنع احدهما الآخر كالدّين وأرش الجناية(٣) .

مناقشة وترجيح :

بالنّظر فى الاقوال السّابقة أرى أنّ الرّاجح منها هو قول الحنابلة وهو أنّ الدَّين يمنع وجوب الزّكاة فى قدره لقوّة دليله .

ويمكن أن يجاب على غيرهم بالآتى :

أمّا الحنفيّة : فيجاب عليهم بالحديث الّذى استدلّ به الحنابلة (دَيْنُ اللّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى)(٤) فعلى ذلك لافرق بين ماله مطالب وماليس له مطالب وماقالوه من الفرق بينهما تعليل فى مقابلة النّص .

وأمّا المالكيّة ومن معهم فإنّ ما استدلوا به من السنّة الفعلية مُعَارَض بكلّ من حديث النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم

---

(١) سورة التوبة : ١٠٣
(٢) المحلى ١٠٢/٦ بتصرف .
(٣) انظر : مغنى المحتاج ٤١١/١ ، المجموع ٣٤٣/٥ .
(٤) سبق تخريجه ص ١٨٧ ..

(فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى) والإجماع السّكوتى الّذى حدث فى زمن عثمان رضي اللّه عنه فيقدّمان على الفعل لأنّ الفعل خاص .

وماقاله الشّافعيّة والحنابلة في تعليل هذا القول تعليل فى مقابلة النّص والإجماع فيبطل .

وأمّا الظّاهريّة والشّافعيّة فإنّ ما استدلوا به من إطلاق النّصوص وعموماتها مُعَارَض أيضا بكلّ من الحديث السّابق والإجماع السّكوتى فهما مخصصان لها .

فيظهر بذلك قوّة قول الحنابلة . واللّه أعلم .

المبحث الثّانى

تزاحم الزّكاة مع حقّ المرتهن

معلوم أنّ الرّهن هو جعل عين ماليّة وثيقة بدَين يمكن استيفاؤه منها .

فعندما يرهن الإنسان عيناً مالية عند آخر مقابل دَين عليه كثمن المبيع أو بدل القرض .. فإنّ هذه العين المرهونة تبقى على ملك الرّاهن ، ويكون للمرتهن حقّ فيها حتّى يستوفي دينه – ويأتي بيان هذا الحق فى فصل الحقّ فى العين المرهونة من باب الحقوق المتعلّقة بالمال – .

وهذه العين المرهونة تبقى أمانة عند المرتهن فى قول الشّافعيّة والحنابلة فلايضمنها إذا هلكت إلّا بالتّعدى أو التّقصير فى حفظها (١) .

وجعلها الحنفيّة مضمونة عنده بالأقلّ من قيمتها ومن الدَّين فإن كان الدّين أقلّ من القيمة فهي مضمونة بالدّين ، وإن كانت القيمة أقلّ من الدّين فهي مضمونة بالقيمة (٢) .

وكذلك المالكيّة جعلوها مضمونة عند المرتهن ولكن بشروط ثلاثة :

* إذا كانت بيده .
* وكانت ممّا يغاب عليه أى يمكن اخفاؤه عادة كالحلى والثّياب .

---

(١) انظر : ش : شرح منهج الطلاب ٣٨٤/٢ ، مغنى المحتاج ١٣٦/٢ .
ل : كشاف القناع ٣٤١/٣ ، المغنى ٤٣٨/٤ .

(٢) انظر : رد المحتار ٣٠٩/٥ ، شرح المجلة العدلية لسليم رستم ص ٤٠٢،٤٠٣ .

* ولم تقم على هلاكها بيّنة بضياعها بغير تفريط .(١)

هذا وقد تكون العين المرهونة مما تجب فيه الزّكاة كالماشية والزّرع والشّجر فعندئذ يتزاحم حقّ المرتهن فيها مع حقّ الزّكاة ، الأمر الّذى اختلف فيه الفقهاء :

* فاعتبر الحنفيّة الرّهن مانعا من موانع وجوب الزّكاة لأنّ العين المرهونة مضمونة بالدّين عندهم فلاتجب فيها الزّكاة .

ولأنّ الرّهن فى يد المرتهن فلاتجب الزّكاة على الرّاهن لعدم اليد كما لاتجب على المرتهن لعدم ملك الرقبة .(٢)

واستثنى الحنفيّة العشر فى الزّروع والثّمار والعسل حيث يجب فى هذه الأشياء وإن كانت مرهونة ويبقى الباقى مرهونا :

لأنّ العشر يتعلّق بالعين بخلاف حقّ المرتهن فإنّه يتعلّق بالرّهن من حيث الماليّة لامن حيث العين ، ومايتعلّق بالعين يقدّم على مايتعلّق بالماليّة .(٣)

* وقال الشّافعيّة والحنابلة : تجب الزّكاة فى المرهون لأنّ ملك الرّاهن فى الرّهن تامّ .

كما أنّ الزّكاة من مؤنة الرّهن ومؤنته تلزم الرّاهن كنفقة النّصاب .

---

(١) انظر : الشرح الصغير ٣٣٦/٣ ، شرح الزرقانى على خليل ٢٦٠/٥ .

(٢) انظر : البحر الرائق ٢١٨/٢ ، الدر المختار ورد المحتار ٧/٢ .

(٣) انظر : الهداية مع شرح فتح القدير وشرح العناية ١٥١/١٠ .

ولكن عليه أن يؤدي الزّكاة من مال سوى الرّهن .(١)

لأنّ الرّهن قد تعلّق به حقّ المرتهن تعلّقا يمنع تصرّف الرّاهن فيه ، والزّكاة لايتعيّن إخراجها منه فلم يملك إخراجها منه .(٢)

فإن لم يكن للرّاهن مال سوى المرهون : فللشّافعيّة والحنابلة قولان في ذلك :

أحدهما : أنّه تؤخذ الزّكاة من نفس المرهون .

وهذا أصحّ الوجهين عند الشّافعيّة والظّاهر عند الحنابلة لأنّ الزّكاة متعلّقة بالعين ، ودين الرّهن متعلّق بالذّمّة والعين ، فيقدّم عند التّزاحم ما اختصّ تعلّقه بالعين كما يقدّم حقّ المجني عليه على المرتهن إذ الحقّ المنحصر في العين يفوت بفواتها بخلاف المتعلّق بالذّمّة مع العين فإنه يستوفى من الذّمّة عند فوات العين .(٣)

---

(١) والظاهر : أن المراد أن له مالا من جنس المرهون والا فانه يؤدى الى اخراج الزكاة بالقيمة وهذا لايجوزه الشافعية والحنابلة في ظاهر مذهبهم .
انظر : المجموع ٤٢٩/٥ ، المغنى ٦٥/٣ .

(٢) وهذا قول جمهورهم بأن الزكاة تؤخذ من باقي أمواله ولاتؤخذ من نفس المرهون ، وقال جماعة منهم : تؤخذ من نفس المرهون ان قلنا تتعلق بالعين وهذا هو القياس ، ولأن تعلقها قهرى وينحصر في العين فهو كحق الجناية فلايجب على السيد فداء المرهون إذا جنى .
انظر : المجموع ٤٧١/٥ ، القواعد لابن رجب ص ٣٧٠ .

(٣) انظر : ش : العزيز ٥٥٧/٥ ، المجموع ٤٧١/٥ .
ل : القواعد لابن رجب ص ٣٧٢ ، كشاف القناع ١٧٤/٢ ، المغنى ٦٨٦/٢ ، الانصاف ٤٢/٣،٤٣ .

إلاّ أنّ ابن رجب[1] رحمه اللّه لم يرتض هذا التّعليل وقال : (هذا مأخذ ضعيف لأنّ الزّكاة عندنا لاتسقط بتلف النّصاب مطلقا بل تتعلّق بالذّمّة حينئذ فهي إذاً كدين الرّهن ، والأظهر أن يقال : تعلّق الزّكاة قهريّ ، وتعلّق الرّهن اختياريّ والقهريّ أقوى)[2] .

غير أنّ الحنابلة قيّدوا هذا القول بما إذا كان الرّهن من الأموال الظّاهرة وهي المواشي والحبوب والثّمار .

والقول الثّاني للشّافعيّة والحنابلة : أنّه لاتؤخذ الزّكاة من المرهون في حال عدم ملك الرّاهن لمال سواه :

لأنّ حقّ المرتهن سابق على وجوب الزّكاة ، والزّكاة حقّ اللّه تعالى مبنيّة على المسامحة بخلاف أرش الجناية[3] .

والظّاهر من هذا القول : أنّ الرّهن يمنع من وجوب الزّكاة كما هو قول الحنفيّة إلاّ أنّه هنا مقيّد بما إذا لم يملك الرّاهن مالاً سوى الرّهن .

* وأمّا المالكيّة : فلم أعثر على نصّ في هذه المسألة عندهم ويمكن تخريجها على ماقالوه في مزاحمة الدّين للزّكاة وفي ضمان المرتهن للرّهن :

أنّه إذا كان الرّهن من الأموال الظّاهرة : تجب فيه الزّكاة ، وأمّا إذا كان من الأموال الباطنة والّتي يغاب

---

(١) هو أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي حافظ للحديث من العلماء ، ولد في بغداد سنة ٧٣٦هـ ونشأ وتوفي في دمشق سنة ٧٩٥هـ . من مؤلفاته : القواعد ، الذيل على طبقات الحنابلة ، جامع العلوم والحكم .
انظر : الأعلام ٢٩٥/٣ ، مقدمة الجزء الأول من الذيل على طبقات الحنابلة .

(٢) القواعد ص ٣٧٢ .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٦٨٨/٢ .

عليها فلاتجب فيه الزّكاة على الرّاهن .

والّذي يظهر لي : أنّ الرّهن مانع من وجوب الزّكاة إذا كان بقدر الدّين للأسباب الآتية :

الأوّل : أنّه وثيقة بالدَّين وقد رجّحت في المبحث الأول كون الدَّين مانعا من وجوب الزّكاة بقدره .

والثّاني : عدم كون الرّهن تحت يد المالك ولايسلّم تمام الملك فيه لأنّ معنى تمامه هو حرّيّة التّصرف وهي منتفية هنا .

والثّالث : انّه لافرق فيما أرى بين الأموال الظّاهرة أو مايجب فيه العشر ، وبين غيره من الأموال . واللّه أعلم .

الفصل الثالث

الحقوق المتعلقة بالحج

وفيه

تمهيد ومبحثان

التمهيد: في شروط وجوب الحج وهل هو واجب على الفور أو على التراخي؟

والمبحث الأول: في تزاحم الحج مع حق من حقوق الله تعالى

والمبحث الثاني: في تزاحم الحج مع حاجة من حوائج الإنسان أو مع حق من حقوقه

الفصل الثّالث

الحقوق المتعلّقة بالحجّ

الحجّ هو قصد الكعبة لأداء النّسك .

وهو ركن من أركان الإسلام ، وحقّ من الحقوق الخالصة للّه عزّ وجلّ ، فرضه اللّه على عباده في قوله عزّ من قائل : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلْعَالَمِينَ} (١) .

فاللام في الآية للاستحقاق، وعلى للإلزام والإيجاب وهما يبينان أنّ الحج حقّ ثابت للّه تعالى ، واجب على النّاس .

وقد يتزاحم هذا الحقّ مع حقّ آخر للّه تعالى أو للإنسان الأمر الّذى يحتاج إلى معرفة المقدّم منهما ، وقد عقدت هذا الفصل لبيان ذلك بإذن اللّه ، وسيكون في تمهيد ومبحثين :

---

(١) سورة آل عمران : ٩٧
(٢) انظر : تفسير الفخر الرازى ١٧٠/٨ ، مجمع الأنهر ٢٥٩/١ المبسوط ٢/٤ .

تمهيد

شروط وجوب الحجّ :

الحجّ واجب على الإنسان بشروط خمسة هي (١) :

الأوّل : الإسلام : فلايجب على الكافر لأنّه غير مخاطب بفروع الدّين خطابا يلزمه أداء ولايوجب قضاء .
واعتبره المالكية شرط صحة .

والثّاني : العقل : فلايجب على المجنون لأنّه ليس بمكلّف لما اخرجه أصحاب السّنن الأربعة بسندهم إلى علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (رُفِعَ ٱلْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ ٱلنَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ ٱلصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ، وَعَنِ ٱلْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ) (٢) .

والثّالث : البلوغ : فلايجب على الصّبيّ لأنّه غير مكلّف أيضا للحديث السّابق .

والرّابع : الحريّة : فلايجب على العبد لأنّ منافعه مستحقّة لسيده فلم يجب عليه كالجهاد .

والخامس : الاستطاعة : وهي القدرة الممكّنة من الوصول إلى مكة . فلايجب الحجّ على غير المستطيع لقوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً} (٣) .

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢/٢ ، مجمع الأنهر ٢٦٠/١ .
م : الشرح الصغير ٦/٢ ، المنتقى ٢٦٩/٢ .
ش : المهذب ٢٠٢/١ ، مغني المحتاج ٤٦٢/١ ، حاشية البيجوري ٣٢٢/١ .
ل : شرح منتهى الارادات ٤٧٣/١ ، كشاف القناع ٣٧٨/٢ ، المغني ٢١٨/٣ .

(٢) الحديث صحيح اخرجه أصحاب السنن الأربعة عن على مرفوعا واخرجه البخاري عنه موقوفا .
انظر تخريجه في هامش ص ١٤٦ .

(٣) سورة آل عمران : ٩٧

غير انّ الفقهاء اختلفوا فيما تكون به الاستطاعة :

* فذهب أصحاب المذاهب الأربعة الى انّها تكون بعدة امور :

أحدها : الصّحة .

وهي سلامة البدن عن الآفات المانعة عن القيام بما لابدّ منه في سفر الحجّ وهي شرط وجوب في ظاهر المذهب عن الإمام ابي حنيفة ، وفي رواية عن الصّاحبين ، وفي مذهب المالكيّة ، وهي شرط اداء عند الشّافعية والحنابلة ، وفي ظاهر الرّواية عن الصّاحبين من الحنفيّة .

وثمرة الخلاف تظهر فيمن كان غير صحيح كالمقعد والمفلوج والشّيخ الكبير إذا كان قادراً على المال هل يجب الإحجاج عنه ، والإيصاء به إن مات ولم يحجّ . فلايجب ذلك على القول الأول ، ويجب على الثّاني (١) .

والأمر الثّاني : القدرة على الزّاد والرّاحلة .

وذلك في قول الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة .

وتكون بملك مقدار من المال وقت خروج أهل البلد يبلّغ الإنسان مكة ذاهبا وراجعا ، راكبا لاماشيا ، بنفقة وسط لااسراف فيها ولاتقتير ، فاضلاً عن حوائجه الأصليّة وعن نفقة عياله إلى ان يعود إلى وطنه وعن قضاء ديونه – على خلاف بينهم في تحديد الدّيون المانعة من الاستطاعة ويأتي الكلام عنها في مباحث هذا الفصل – .

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٢١/٢ .
م : المنتقى ٢٦٩/٢ .
ش : العزيز ٢٦/٧ ، مغني المحتاج ٤٦٨/١ .
ل : المغني ٢٢٧/٣ ، كشاف القناع ٣٩٣/٢ .

هذا وقد استثنى الحنفيّة من هذا الأمر من كان مكيّاً ، ومن كان دون المواقيت ، واستثنى الشّافعيّة والحنابلة من كان سفره قصيراً فعليه أن يحجّ وإن لم يقدر على الرّاحلة (١) .

وأمّا المالكيّة : فاكتفَوا بإمكان الوصول إلى مكة إمكاناً عاديّاً بمشي أو ركوب بلامشقة فادحة خارجة عن العادة ولو قدر على الوصول ببيع شيء من حوائجه أو بنفقة أولاده أو بسؤال النّاس إن كان ممن اعتاد ذلك (٢) .

<u>والأمر الثّالث</u> : أمن الطّريق .

بأن يأمن الإنسان على نفسه وماله وعرضه .

وهو شرط وجوب في مذهب المالكيّة والشّافعيّة ، وفي رواية عن أبي حنيفة ورواية عن أحمد .

وشرط أداء في رواية أخرى عند الحنفيّة والحنابلة .

وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الإيصاء بالحجّ : فهو غير واجب على القول الأول ، واجب على الثّاني (٣) .

<u>والأمر الرّابع</u> : إمكان السّير .

وهو سعة الوقت بحيث يبقى وقت يستطيع فيه الإنسان أن يصل بالسّفر المعتاد من بلده إلى مكة .

واختلف الفقهاء في كونه شرط وجوب أو شرط وجوب أداء

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٢١/٢ ، مجمع الأنهر ٢٦٠/١ ، رد المحتار ١٤٣/٢ .
ش : مغني المحتاج ٤٦٤/١ ، العزيز ١٢/٧ .
ل : كشاف القناع ٣٨٨/٢ ، المغني ٢٢١/٣ .

(٢) انظر : المنتقى للباجي ٢٦٩/٢ ، الشرح الكبير مع حاشيته ٧/٢ ، الشرح الصغير مع حاشيته ١٢/٢ .

(٣) انظر : ف : البدائع ١٢٣/٢ .
م : الشرح الكبير ٦/٢ .
ش : العزيز ١٧/٧ .
ل : المغني ٢١٨/٣ ، كشاف القناع ٣٩١/٢ .

كخلافهم فى الأمر السّابق .

<u>الأمـر الخـامس</u> : ـ فـى حـقّ المرأة زيادة على ماسبق ـ وجود المحرم أو الزّوج .

وزاد المالكيّة والشّافعية فى حجّ الفرض : وجود الرفقة المامونة الا أنّ الشافعية خصّوها بالنّساء الثّقات وقال المالكية ولو رجالا .

أمّا فى حجّ النفل : فيشترط وجود الزّوج أوالمحرم عند الجميع .

واختلف الفقهاء أيضا فى هذا الشّرط هل هو شرط وجوب أو وجوب أداء .

وتظهر ثمرة الخلاف فى وجوب الوصيّة وفى وجوب نفقة المحرم وراحلته إذا أبى أن يحجّ مع المرأة إلاّ بالزّاد والرّاحلة ، وفي وجوب أن تتزوّج المرأة ليحجّ بها زوجها إن لم تجد محرما .

فمن قال هو شرط وجوب : قال لايجب عليها شىء من ذلك لأنّ شرط الوجوب لايجب تحصيله .

ومن قال إنه شرط وجوب أداء : أوجب عليها جميع ذلك (١) .

وهناك أمر آخر فى حق المرأة : وهو الاّ تكون معتدة على تفصيل للفقهاء فى ذلك (٢) .

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٢٣/٢ .
م : الشرح الكبير ٩/١ .
ش : مغنى المحتاج ٤٦٧/١ .
ل : كشاف القناع ٣٩٤/٢ .

(٢) انظر : ف : المرجع السابق لهم .
م : الشرح الصغير ٦٨٨/٢ .
ش : مغنى المحتاج ٤٠٤/٣ .
ل : المغنى ٥٣٢/٧ .

* وذهب ابن حزم الظاهري إلى أنّ الاستطاعة تكون بأحد أمور ثلاثة :

إمّا بصحّة الجسم والطّاقة على المشي والتّكسب من عمل أو تجارة مايبلغ به الإنسان الحجّ ويرجع إلى موضع عيشه وأهله .

وإمّا بمال يمكنه منه ركوب البحر أو البرّ والعيش منه حتّى يبلغ مكّة ويردّه إلى موضع عيشه أو أهله وإن لم يكن صحيح الجسم إلاّ أنّه لامشقة عليه في السّفر برّا أو بحرا .

وإمّا أن يكون له من يطيعه فيحجّ عنه ويعتمر بأجرة أو بغير أجرة إن كان هو لايقدر على النّهوض لاراكبا ولاراجلا (٣) .

وأمّا المرأة : فقال : إن كانت لازوج لها ولامحرم فإنّها تحج ولاشيء عليها فإن كان لها زوج ففرض عليه أن يحج معها فإن لم يفعل فهو عاص للّه تعالى وتحجّ هي دونه وليس له منعها من حجّ الفرض وله منعها من حجّ التّطوع (٢) .

هذا وقد تركت أدلّة المذاهب في الأمور الّتي تكون بها الاستطاعة خشية الإطالة .

---

(١) انظر : المحلى ٧/٥٣ .
(٢) المرجع السابق ٧/٤٧ .

هل الحجّ واجب على الفور أو التّراخى ؟

من كملت له الشّروط السّابقة : وجب عليه الحجّ .

ولكنّ الفقهاء اختلفوا فى هذا الوجوب :

- هل هو على الفور ؟ بمعنى أنّه يجب على المكلّف المبادرة إليه فى أوّل سنة يمكنه الأداء فيها ويعصى بتأخيره عنها بلاعذر .

- او هو واجب على التّراخى ؟ فلاتجب المبادرة إلى الحج فى اول سنة وإنّما تجب عند خوف الفوات إذا غلب على ظنّ المكلّف فوات الحجّ إن لم يؤدّه فى العام الّذى يخاف فيه .

مذهبان للفقهاء :

الأوّل : أنّه وجوب فوريّ .

وهو مذهب الحنابلة ، والظّاهريّة ، وقول أبي يوسف من الحنفيّة ، ورواية عن أبي حنيفة ، وقول للمالكيّة وبعض الشّافعيّة .

والثّاني : أنّه وجوب على التّراخى .

وهو مذهب الشّافعيّة ، وقول محمّد بن الحسن من الحنفيّة ورواية أخرى عن أبي حنيفة وقول آخر للمالكيّة (١) .

---

(١) انظر :
ف : البدائع ١١٩/٢ ، الهداية مع فتح القدير ٤١٢/٢، ٤١٣ .
م : مواهب الجليل ٤٧١/٢ ، المقدمات ٤٠٣/١ ، الفواكه الدوانى ٤٠٧/١ .
ش : المجموع ١٠٢/٧ ، مغنى المحتاج ٤٦٠/١ ، مختصر المزنى ٤٥/٢ .
ل : كشاف القناع ٣٧٧/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣/١ .
ظ : المحلى ٢٧٣/٧ .

الأدلّـــة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ القائلون بوجوب الحجّ على الفور بأدلّة أهمّها مايأتي :

الأوّل : قوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا}(١) .

ووجه الدّلالة منه : أنّ الأمر فيه يحتمل الفور ويحتمل التّراخي والحمل على الفور أحوط .

لأنّ اللّه تعالى أوجب المسارعة بالمأمورات في قوله تعالى : {وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِن رَبِّكُمْ}(٢) والحجّ مأمور به(٣) .

ولأنّ الموت في سنة غير نادر فتأخيره بعد التّمكن في وقته تعريض له على الفوات فلايجوز(٤) .

والثّاني : ماأخرجه أبو داود - وغيره - بسنده إلى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما قال : قال رسولُ اللّه صلّى اللّه عليه وسلم : (مَنْ أَرَادَ ٱلْحَجَّ فَلْيَتَعَجَّلْ)(٥) .

---

(١) سورة آل عمران : ٩٧

(٢) سورة آل عمران : ١٣٣

(٣) انظر : المحلى ٢٧٣/٧ .

(٤) انظر : البدائع ١١٩/٢ ، الهداية مع فتح القدير ٤١٣/٢

(٥) هذا الحديث أخرجه أحمد وأبو داود في سننه وسكت عليه وابن ماجة والحاكم وصححه ، والبيهقي .
انظر : مسند الامام أحمد ، مسند ابن عباس رضي الله عنهما ٣١٤/١ .
سنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب المناسك ، باب بعد التجارة في الحج ٣٥٠/٢ .
سنن ابن ماجة مع التعليق عليها ، كتاب المناسك ، باب الخروج الى الحج ٩٦٢/٢ .
المستدرك ، كتاب المناسك ، من أراد الحج فليتعجل ٤٤٨/١ .
سنن البيهقي ، كتاب الحج ، مايستحب من تعجيل الحج اذا قدر عليه ٣٣٩/٤ .

وفي لفظ لأحمد والبيهقي : (... فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَايَدْرِي مَايَعْرِضُ لَهُ)(١) .

وفي لفظ آخر لهما : (... فَإِنَّهُ قَدْ يَمْرَضُ ٱلْمَرِيضُ وَتَضِلُّ ٱلرَّاحِلَةُ وَتَعْرِضُ ٱلْحَاجَةُ)(٢) .

ووجه الدّلالة من ذلك ظاهر(٣) .

أدلّة المذهب الثّاني :

استدلّ القائلون بوجوب الحجّ على التّراخي بادلّة أهمّها الآتي :

الأوّل :

- قوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً}(٤) .

- وقوله تعالى : {ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ}(٥) .

ووجه الدّلالة من الآيتين : أنّ اللّه تعالى فرض الحجّ مرّة في العمر وذلك في الآية الأولى ، ثمّ بين وقت اداء الحجّ في الآية الثّانية فصار وقت وجوبه هو العمر فللإنسان أن يؤديه على الفور أو على التّراخي فكلّ مباح(٦) .

والثّاني : أنّ الحج فُرِضَ سنة ست وأخّره النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم إلى سنة عشر وذلك لبيان جواز التّأخير ولم يمنعه

---

(١) انظر : مسند الامام أحمد ٣١٤/١ .
سنن البيهقي ٣٤٠/٤ .
(٢) انظر : مسند الامام أحمد ٣٥٥/١ .
سنن البيهقي ٣٤٠/٤ .
(٣) انظر : تبيين الحقائق ٣/٢ ، كشاف القناع ٣٧٧/٢ ، شرح منتهى الارادات ٣/٢ ، المغني لابن قدامة ٢٤١/٣، ٢٤٢ .
(٤) سورة آل عمران : ٩٧
(٥) سورة البقرة : ١٩٧
(٦) انظر : البدائع ١١٩/٢ ، الهداية مع فتح القدير ٤١٣/٢

من ذلك عدم الاستطاعة أو الاشتغال بالجهاد .(١)

برهان ذلك :

- ما أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى كعب بن عُجْرَة رضي اللّه عنه قال : وَقَفَ عَلَيَّ رَسُولُ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْحُدَيْبِيَةِ وَرَأْسِي يَتَهَافَتُ قَمْلاً ، فَقَالَ : يُؤْذِيكَ هَوَامُّكَ ، قُلْتُ : نَعَمْ ، قَالَ : فَاحْلِقْ رَأْسَكَ .

قال : ففيّ نزلت هذه الآية : {فَمَنْ كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ ...} إلى آخرها .(٢)

فثبت بهذا الحديث أن قوله تعالى : {وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُواْ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْيُ مَحِلَّهُۥ فَمَن كَان مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ...}(٣) نزل بعد سنة ست من الهجرة وهي تدل على وجوب الحج وقد أجمع المسلمون على أن الحديبية كانت سنة ست من الهجرة في ذي القعدة .(٤)

- كما ثبت في الأحاديث الصّحيحة واتفاق العلماء أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم غزا حنينا بعد فتح مكّة وقسم غنائمها واعتمر من سنته في ذي القعدة وكان إحرامه بالعمرة من الجعرانة ولم يكن بقي بينه وبين الحجّ إلاّ أياما يسيرة فلو كان الحجّ على الفور لم يرجع من مكّة حتّى يحجّ مع أنّه

---

(١) انظر : المجموع ١٠٣/٧ ، المقدمات لابن رشد ٤٠٣/١ ، البدائع ١١٩/٢ .

(٢) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الحج ، باب قول الله تعالى {أو صدقة} ٢٠٨/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب جواز حلق الرأس للمحرم ٢١/٤ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٦

(٤) انظر : المجموع ١٠٣/٧، ١٠٤ .

وأصحابه كانوا موسرين من الغنائم ولاعذر لهم ولاقتال شاغل وإنّما أخّره عن سنة ثمان بياناً لجواز التّأخير (١) .

مناقشة وترجيح :

الّذى يظهر لي هو ترجيح المذهب الأوّل القائل بوجوب الحجّ على الفور وأمّا أهل المذهب الثّانى فيجاب على أدلّتهم بالأجوبة الآتية :

الجواب عن الدّليل الأوّل : أنّ أدلّة المذهب الأوّل تخرج الأمر فى الآية عن مجرد الطلب لأنّ اللّه تعالى أمر بالمسارعة لفعل المأمورات ولأنّ الموت فى السنة غير نادر فيكون الاحتياط هو القول بفوريّة الحجّ .

والجواب عن الدّليل الثّاني : أنّ قوله تعالى : {وَأَتِمُّوا ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ...} الّذى نزل فى سنة ست لايقتضى وجوب الحجّ والعمرة بل إتمامهما لمن شرع فيهما ، وقد اعتمر النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم عمرة الحديبية قبل أن تنزل هذه الآية ثمّ لما صده المشركون أنزل الله هذه الآية فأمر فيها بإتمام الحجّ والعمرة وبين حكم المحصر الّذى تعذر عليه الإتمام ولهذا اتفق الأئمة على أنّ الحجّ والعمرة يلزمان بالشّروع فيجب إتمامهما وتنازعوا فى الصّيام والصّلاة والاعتكاف .

أمّا الأمر بابتداء الحجّ وجعله فرضا فجاء فى قوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ ...} وهذه الآية نزلت سنة تسع وقيل سنة عشر (٢) .

---

(١) انظر : نفس المرجع السابق .
(٢) انظر : فتح القدير ٤١٤/٢ ، مواهب الجليل ٤٧٣/٢ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٢٦ .

وأمّا قولهم إنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم أخّر الحجّ بلاعذر فيردّه ماأخرجه البخارى ومسلم بسندهما إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه أنّ أبا بَكْرٍ الصِّدِّيق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَعَثَهُ فِي الحَجَّةِ الَّتِي أَمَّرَهُ عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبْلَ حَجَّةِ ٱلْوَدَاعِ يَوْمَ ٱلنَّحْرِ فِي رَهْطٍ يُؤَذِّنُونَ فِي ٱلنَّاسِ : أَلَا لَايَحُجُّ بَعْدَ ٱلْعَامِ مُشْرِكٌ وَلَايَطُوفُ بِٱلْبَيْتِ عُرْيَانٌ(١). فلمّا طهّر اللّه البيت الحرام من ذلك حجّ صلّى اللّه عليه وسلّم .

فثبت بهذا أن تأخير النبى كان لكراهة الاختلاط فى الحج بأهل الشرك .

فالراجح اذا هو القول بوجوب الحج على الفور . والله أعلم .

---

(١) انظر : نيل الأوطار ٩/٥ ، شرح ابن القيم بهامش عون المعبود ١٥٧/٥ ، المقدمات ٤٠٥/١ . كشاف القناع ٣٦٨/٢
والحديث أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الحج ، باب لايطوف بالبيت عريان ولايحج مشرك ١٦٤/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب لايحج البيت مشرك ولايطوف بالبيت عريان ١٠٦/٤ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب المناسك ، باب يوم الحج الأكبر ٤٢١/٥ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، أبواب الحج ، باب ماجاء فى كراهية الطواف عريانا عن على ٦٠٩/٣ .

المبحث الأوّل

تزاحم الحجّ مع حقّ من حقوق اللّه تعالى

المطلب الأوّل : تزاحم حجّة الإسلام مع غيرها من الحجج

قد يتزاحم على الإنسان حجّة الإسلام مع غيرها من الحجج كالحجّ عن الغير أو الحجّ المنذور .

ولكلّ حكم أبيّنه في المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : ما إذا تزاحمت حجّة الإسلام والحجّة عن الغير

من المعلوم انّه يجوز الحجّ عن الغير وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في الأحوال الّتي يجوز فيها بما يضيق المقام عن ذكره (١) .

فإذا أراد الإنسان أن يحجّ عن غيره ، وكان لم يؤدّ حجة الإسلام بعد فما المقدّم منهما ، وهل يجوز له أن يحجّ عن الغير قبل أن يؤدّي فرضه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال :

أحدها : تقديم حجّة الإسلام فلايصحّ لمن لم يحجّ عن نفسه أن يحجّ عن غيره .

---

(١) انظر : ماكتبه الفقهاء في كتبهم ومنها :
ف : تبيين الحقائق ٢/٨٣ .
م : الشرح الصغير ٢/١٤ .
ش : مغني المحتاج ١/٤٦٨ .
ل : المغني ٣/٢٢٧ .
ظ : المحلى ٧/٦٢ .

وهذا قول الشّافعيّة والظّاهر عند الحنابلة (١) .

واستدلّوا على ذلك :

بما أخرجه أبو داود - وغيره - بسنده إلى ابن عبّاس رضى الله عنهما أنّ النَّبىَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمِعَ رَجُلاً يَقُولُ لَبَّيْكَ عَنْ شُبْرُمَةَ ، قَالَ : مَنْ شُبْرُمَةُ ؟ قَالَ : أَخٌ لِي أَوْ قَرِيبٌ لِي قَالَ : حَجَجْتَ عَن نَفْسِكَ ؟ قَال : لَا . قَالَ : حُجَّ عَن نَفْسِكَ ثُمَّ حُجَّ عَنْ شُبْرُمَةَ (٢) .

فالحديث يدل على أنه لابد من تقديم فرض نفسه على ماينوب فيه عن غيره (٣) .

والقول الثّاني : أنّه يجوز لمن عليه حجّة الإسلام أن ينوب عن غيره قبل أن يحجّ عن نفسه .

وهو مذهب الحنفيّة والمالكيّة إلّا أنّ المالكيّة نصّوا على كراهة ذلك - وهذا على القول بتراخى الحجّ عندهم وإلّا منع - وهو رواية عند الحنابلة (٤) .

---

(١) انظر : ش : المجموع ١١٧/٧ ، العزيز ٣٣/٧ .
ل : كشاف القناع ٣٩٦/٢ ، المغنى ٢٤٥/٣ .

(٢) انظر المراجع السابقة .
والحديث : أخرجه أبو داود فى سننه وسكت عليه ، وابن ماجة وابن حبان وصححه ، والبيهقى وقال : (اسناده صحيح وليس فى هذا الباب أصح منه) .
انظر : سنن أبي داود شرح عون المعبود ، كتاب المناسك الرجل يحج عن غيره ٢٥٠/٥ .
سنن ابن ماجة ، كتاب المناسك ، باب الحج عن الميت ٩٦٩/٢ .
الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، الحج ، باب الحج والاعتمار عن الغير ١٢٠/٦ .
سنن البيهقى ، الحج ، باب من ليس له أن يحج عن غيره ٣٣٦/٤ .

(٣) انظر : العزيز ٣٣/٧ .

(٤) انظر : ف : تبيين الحقائق ٨٨/٢ ، البدائع ٢١٣/٢ .
م : الشرح الكبير ١٨/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٢ .
ل : المبدع ١٠٣/٣ .

ودليل هذا القول :

ما أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما عن الفضل (1) (أَنَّ امْرَأَةً مِنْ خَثْعَمٍ قَالَتْ : يَارَسُولَ اللّهِ إِنَّ أَبِي شَيْخٌ كَبِيرٌ عَلَيْهِ فَرِيضَةُ اللّهِ فِي الْحَجِّ وَهُوَ لاَيَسْتَطِيعُ أَن يَسْتَوِيَ عَلَى ظَهْرِ بَعِيرِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : فَحُجِّي عَنْهُ) (2) .

فقد أمرها النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم بالحجّ عن أبيها ولم يسألها هل حجّت عن نفسها أو لا ولو كان شرطا لسألها عليه الصّلاة والسّلام أو لبيّنه لها (3) .

<u>والقول الثّالث</u> : أنّ الإنسان إذا كان يقدر على الحجّ عن نفسه حجّ عن نفسه ، وإن لم يقدر حجّ عن غيره .

وهو مذهب الثوري (4) ، ورواية عند الحنابلة (5) .

والّذي يظهر لي ترجيحه هو القول الثّالث وأنّ إطلاق الحكم في الحادثة الأخيرة بقوله صلّى اللّه عليه وسلّم :

---

(1) هو الفضل بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم أبو عبد الله ويقال أبو العباس ويقال أبو محمد المدني صحابي جليل أردفه النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع وحضر غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم . روى أنه قتل يوم اليرموك وعليه درع النبي صلى الله عليه وسلم ، وروى أنه مات بطاعون عمواس سنة ١٨هـ وروى أنه مات في خلافة عمر رضي الله عنه بناحية الأردن .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٥١/٨ .

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الحج ، باب الحج عمن لايستطيع الثبوت على الراحلة ٢١٨/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما أو للموت ١٠١/٤ .

(3) انظر : تبيين الحقائق ٨٨/٢ ، البدائع ٢١٣/٢ ، المبسوط ١٥١/٤ .

(4) انظر : المغني لابن قدامة ٢٤٥/٣ .

(5) انظر : المبدع ١٠٣/٣ .

(فحجّى عنه) دون استفسار : مقيّد بالحكم الوارد في الحادثة الأولى (حجّ عن نفسك ثم عن شبرمة) . ولايحجّ الإنسان عن نفسه إلا إذا كان قادرا على الحجّ او مستطيعا لقوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً} (١) . والله أعلم .

المسألة الثّانية : ما إذا تزاحمت حجّة الإسلام مع الحجّ المنذور

اختلف الفقهاء فيمن نذر ان يحجّ وكان عليه حجّة الإسلام على ثلاثة أقوال :

أحدها : انّه يجب تقديم حجّة الإسلام .

فإن أحرم عن النّذر وعليه فرض الإسلام انعقد عن الفرض .

وهو مذهب الشّافعيّة ، والظّاهريّة ، والظّاهر عند الحنابلة (٢) .

وعلّل ابن حزم ذلك :

بأنّ إيجاب اللّه تعالى للحجّ ثابت على الإنسان قبل نذره فإن أخّر ماقدّمه اللّه فهو عاص والمعصية لاتنوب عن الطّاعة (٣) .

وعلّله الشّافعيّة والحنابلة :

بأنّ الحجّة المنذورة أضعف من حجّة الإسلام فلايجوز تقديمها عليها كحجّ غيره على حجّه (٤) .

والقول الثّاني : أنّه يجوز تقديم النّذر على الفرض

---

(١) سورة آل عمران : ٩٧
(٢) انظر : ش : العزيز ٣٣/٧ ، المجموع ١١٩/٧ .
ل : كشاف القناع ٣٩٦/٢ ، المغني ٢٤٧/٣ .
ظ : المحلى ٢٦٧/٧ .
(٣) انظر المرجع السابق .
(٤) انظر : المراجع السابقة لهم في رقم (٢) .

ويتوقّف الأمر على النيّة . وهو قول الحنفيّة والمالكيّة إلّا أنّ المالكيّة كرهوا ذلك .(١)

والظّاهر أنّهم يبنون قولهم على أنّ كلاًّ من الحجّتين واجب فيتوقّف الأمر في التّقديم على ماينويه الإنسان .

والقول الثّالث : أنّه تجزئه حجّة واحدة .

وهو رواية عند الحنابلة .(٢)

وهي مبنيّة على القول بجواز نذر ماهو واجب بالشّرع .(٣)

وبهذا القول قال ابن عباس وعكرمة .(٤)

فقد سُئِلَ عِكْرِمَةَ عَنْ رَجُلٍ نَذَرَ أَنْ يَحُجَّ وَلَمْ يَكُنْ حَجَّ ٱلْفَرِيضَةَ قَالَ : يَقْضِي حجّةً عَنْ نَذْرِهِ وَعَنْ حجّةِ ٱلإِسْلامِ أَرَأَيْتُمْ لَوْ أَنَّ رَجُلاً نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فَصَلَّىَ ٱلْعَصْرَ أَلَيْسَ ذَلِكَ يُجْزِئُهُ مِنَ ٱلْعَصْرِ وَمِنَ ٱلنَّذْرِ ؟ قَالَ : وَذَكَرْتُ ذَلِكَ لابنِ عَبّاسٍ رَضِيَ اللّٰهُ عَنْهُمَا فَقَالَ : أَصَبْتَ أَوْ أَحْسَنْتَ .(٥)

والّذى يظهر لى ترجيحه هو القول الأوّل بتقديم حجّة الإسلام على الحجّ المنذور لما فيها من القوّة ولأنّها مقدّمة تكليفا . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : ف : البحر الرائق ٣٤/٢ .
م : مواهب الجليل ٤٩٠/٢ ، الشرح الصغير ١٠/٢ .

(٢) انظر : المغنى ٢٤٧/٣ ، ايضا ٢١/٩ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٢٧٤/٦ .

(٤) انظر : المجموع ١١٩/٧ ، المغنى ٢٤٧/٣ .
وعكرمة هو : عكرمة البربرى أبو عبد الله المدنى مولى ابن عباس رضى الله عنهما ، من التابعين وقد وثقه كثير من المحدثين ، توفى سنة ١٠٤هـ أو ١٠٧هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٣٤/٧ .

(٥) هذا الأثر رواه سعيد بن منصور فى سننه . كما جاء فى المغنى لابن قدامة ٢٤٧/٣ .

المطلب الثّاني : تزاحم الحجّ مع دَينٍ للّه تعالى

قبل الكلام عن هذا التّزاحم : اشير هنا إلى أنّه إذا ملك الإنسان مالاً يمكّنه من اداء الحج ووجبت الزّكاة فى هذا المال فإنّ الزّكاة مقدّمة على الحجّ ومابقي عنده من المال إن كان يمكّنه من الحج : حجّ به وإلّا سقط عنه وجوب الحجّ .

امّا إذا اخّر اداء الزّكاة حتّى صارت دينا فهي كالكفارة وغيرها من الدّيون الثّابتة فى الذّمّة .

فعندما يملك الإنسان مالاً يمكّنه من أداء الحجّ وكان عليه دَين من زكاة أو كفّارة ونحوها . فهل يصرف هذا المال فيما وجب عليه من تلك الدّيون ولايجب عليه الحجّ ، أو يحجّ به ويؤخّر قضاء الدّيون ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على أقوال :

الأوّل : أنّ الدّيون الثّابتة للّه تعالى مقدّمة على الحجّ وهو مذهب الشّافعيّة والحنابلة .

وعلّلوا ذلك : بأنّ من عليه دَين لايكون مستطيعاً للحجّ سواء أكان الدّين للّه تعالى أم للإنسان (١) .

والثّاني : أنّ الحجّ مقدّم على الدّيون الثّابتة للّه تعالى وهو قول الحنفيّة .

والظّاهر أنّ هذا مبنيّ على الرّاى الرّاجح عندهم : أنّ الحجّ واجب على الفور ، وأنّ الزّكاة واجبة على التّراخي (٢) ،

---

(١) انظر : ش : مغني المحتاج ٤٦٤/١ ، حاشيتا القليوبى وعميرة ٧/٢ ، حاشية البيجورى ٣٢٣/١ .
ل : كشاف القناع ٣٨٩/٢ ، المغنى ٢١٨/٣ .
(٢) انظر : رد المحتار ١٢/٢ .

وأنّ الكفّارات واجبات مطلقة (١) .

كما أنّ الدّيون الّتى تجعل الإنسان غير مستطيع للحجّ عند الحنفيّة هى ديون العباد فقط لحاجة العباد وغنى اللّه تعالى (٢) .

الثّالث : التّفريق بين ما إذا تزاحم الحجّ مع دين الزكاة أومع غيره من الديون كالكفارات .

فتقدّم الزّكاة على الحجّ ، ويقدّم الحجّ على الكفّارات ونحوها .

وهذا قول الحطّاب (٣) من المالكية .

وعلّل رحمه اللّه هذا القول :

ـ بأنّ دين الزّكاة مقدّم على الحجّ لأنّ دين الزّكاة واجب اداؤه على الفور اتفاقاً والحجّ مختلف فى كونه على الفور أو التّراخى فالمتفق عليه مقدّم على المختلف فيه (٤) .

ـ وأمّا غير الزّكاة من الدّيون كالكفّارات والنّذور المطلقة فإنّ الحجّ مقدّم عليها .

لأنّ تلك الدّيون واجبة على التّراخى ، والرّاجح فى الحجّ انّه على الفور .

---

(١) انظر : تيسير التحرير ١٨٨،١٨٧/٢ ، التقرير والتحبير ١١٦/٢ .
(٢) انظر : رد المحتار ١٤٣/٢ .
(٣) الحطاب هو : أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعينى الأندلسى الأصل ، المكى المولد والقرار المعروف بالحطاب . من فقهاء المالكية الكبار ، متبحر بالعلوم عقليها ونقليها . له تآليف تدل على سعة حفظه وجودة نظره . منها : شرح المختصر ، وشرح منسك خليل ، وشرح قرة العين فى الأصول لامام الحرمين . كانت حياته من سنة ٩٠٢هـ الى سنة ٩٥٤هـ .
انظر : شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية ص ٢٧٠ .
(٤) انظر : مواهب الجليل ٥٠٥/٢ .

كما أنّ لتلك الدّيون بدلا وهو الصّيام فيرجع إليه[1] .

هذا ودعوى الاتفاق التّى ذكرها الحطّاب على أنّ الزّكاة واجبة على الفور منظور فيها لأنّ الرّاجح من أقوال الحنفيّة : وجوب الزّكاة على التّراخى[2] . إلّا أن يكون مراده اتفاق المالكيّة .

كما أنّ الكفّارات والنّذور المطلقة مختلف فى وجوبها على الفور أو التّراخى .

فمذهب الحنفيّة والشّافعية هو : وجوبها على التّراخى .

ومذهب الحنابلة هو وجوبها على الفور وهو قول بعض الشّافعية والكرخى من الحنفيّة[3] .

ترجيح :

والّذى يظهر لى هو قول الشّافعيّة والحنابلة من أنّ الدّيون الثّابتة للّه تعالى مقدّمة على الحج .

لأنّها ثبتت فى ذمّته مطلقا ، لكنّ الحجّ بشرط الاستطاعة وهذا الدّين يخرجه عن الاستطاعة فتقدّم على الحجّ . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : نفس المرجع السابق .

(٢) انظر : رد المحتار ١٢/٢ ، البدائع ٣/٢ .

(٣) انظر : تيسير التحرير ١٨٨،١٨٧/٢ ، التقرير والتحبير ١١٦/٢ ، مغنى المحتاج ٣٢٩/٤ ، حاشية القليوبى ٢٠/٤ ، الروض المربع ٣٦١/٢ .

والكرخى هو : أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادى الكرخى . الفقيه مفتى العراق فى عصره انتهت اليه رئاسة المذهب الحنفى . توفى رحمه الله فى سنة ٣٤٠هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء ٤٢٦/١٥ ، الأعلام ١٩٣/٤ .

المطلب الثّالث : تزاحم الحجّ مع الجهاد

الجهاد هو : (بذل الوسع في القتال في سبيل اللّه مباشرة أو معاونة بمال أو رأي أو تكثير سواد أو غير ذلك)(١) .

وهو فرض بالإجماع لقوله تعالى : {كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰٓ أَن تُحِبُّوا۟ شَيْـًٔا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ}(٢) .

ولكن هذه الفرضية تختلف باختلاف الأحوال(٣) :

- فإن كان الإسلام ظاهرا وبلاد المسلمين في أمن من الأعداء : فالجهاد حينئذ فرض كفائي إذا قام به من يكفي سقط وجوبه عن غيرهم وفي ذلك يقول اللّه تعالى : {لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ}(٤) .

فهذا يدلّ على أنّ القاعدين غير آثمين مع جهاد غيرهم وفي هذه الحال يكون الجهاد من الباقين تطوّعا بشرط ألاّ تتعطّل مصالح الأمّة .

- وأمّا إن كان العدوّ ظاهراً وهجم على بلاد المسلمين

---

(١) الدر المختار ٢١٧/٣ . وهو تعريف ابن كمال باشا .
(٢) سورة البقرة : ٢١٦
(٣) انظر : البدائع ٩٧/٧ ، مجمع الأنهر ٦٦٢/١ .
الشرح الصغير ٢٦٧/٢ ، شرح الزرقاني على خليل ١٠٦/٣ .
مغني المحتاج ٢٠٨/٤ ، المهذب ٢٢٨/٢ .
كشاف القناع ٣٢/٣ ، شرح منتهى الارادات ٩١/٢ .
المحلى ٢٩١/٧ .
(٤) سورة النساء : ٩٥

أو أرادهم بسوء : فالجهاد حينئذ فرض عين حتّى يكشف اللّه تعالى مابالمسلمين من ضرّ . وفى هذا يقول اللّه تعالى : {يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا۟ مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمُ ٱنفِرُوا۟ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱثَّاقَلْتُمْ إِلَى ٱلْأَرْضِ أَرَضِيتُم بِٱلْحَيَاةِ ٱلدُّنْيَا مِنَ ٱلْآخِرَةِ فَمَا مَتَاعُ ٱلْحَيَاةِ ٱلدُّنْيَا فِي ٱلْآخِرَةِ إِلَّا قَلِيلٌ ۝ إِلَّا تَنفِرُوا۟ يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَيَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ وَلَا تَضُرُّوهُ شَيْـًٔا وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ} (١) .

هذا وقد يتزاحم الجهاد مع الحجّ وذلك فى حقّ من وجد الاستطاعة . وينبغى تقديم أحدهما على حكم كلّ منهما :

- فإن كان الجهاد فرض عين : فلاشكّ فى وجوب تقديمه على الحجّ .

لأنّ جهاد العدو وصدّه فى هذه الحال : فرض على الفور : لقوله تعالى : {ٱنفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا} (٢) . قيل : شبابا وشيوخا وأغنياء وفقراء ، ركبانا ومشاة فلم يعذر أحد فأفاد العينية على الفور (٣) .

وقوله تعالى : {مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمُ ٱنفِرُوا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱثَّاقَلْتُمْ إِلَى ٱلْأَرْضِ} (٤) .

وقوله صلى اللّه عليه وسلّم فى الحديث الّذى أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (... إذا ٱستُنفِرتُم

---

(١) سورة التوبة : ٣٨،٣٩
(٢) سورة التوبة : ٤١
(٣) انظر : فتح القدير ٥/٤٤٠
(٤) سورة التوبة : ٣٨

فَانْفِـــرُوا ...) (١) .

وأمّــا الحــجّ : فمختلف في وجوبه على الفور أو التّراخي كما سبق فكان تقديم الجهاد في هذه الحال واجبا .

- وأمّــا إن لم يكن الجهــاد فرضا عينياً ووجد من يقوم بالفرض الكفائي : فيقدّم الحجّ :

لأنّ الحجّ في هذه الحال فرض عين والجهاد فرض كفاية .

ويكـــون هذا التّقديم واجبــا عند من قال بفوريّة الحجّ ، ومندوباً عند من قال بتراخيه (٢) .

غير أنّه نقل عن الإمام أحمد بن حنبل رحمه اللّه أنّه لم يــر بأســا فــي تقـديم الجهــاد على الحجّ فإن أعان اللّه هذا الإنسان حجّ بعد ذلك (٣) .

وعقّــب على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية : (بأنّ هذا مع أنّ الحجّ واجــب علــى الفور عند الإمام أحمد لكنّ تأخيره لمصلحة الجهــاد كتأخير الزّكاة الواجبة على الفور لانتظار قوم أصلح من غيرهم ...) (٤) .

---

(١) انظـر : صحيح البخاري ، كتاب الحج ، باب لايحل القتال بمكة ٢١٤/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها الا لمنشد على الدوام ١٠٩/٤ .

(٢) انظـر : الشـرح الصغـير ١٤/٢ ، مواهب الجليل ٥٣٤/٢ ، كشاف القناع ٣٩٠/٢ .

(٣) انظـر : نفس المرجـع السـابق ، الاختيـارات العلميـــة مطبوعة مع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦٠٩/٤ .

(٤) انظر : الاختيارات العلمية ٦٠٩/٤ .

المبحث الثّانى

تزاحم الحجّ مع حقّ من حقوق الإنسان

قد يتزاحم الحجّ مع حقّ من حقوق الإنسان كحقّ الوالدين وحقّ الزّوج وحقّ المدين . كما قد يتزاحم مع حاجة من حاجات الإنسان .

وسأبين المقدّم من ذلك فى المطالب الآتية :

المطلب الأوّل : تزاحم الحجّ مع حقّ الوالدين

من المعلوم انّ حقّ الوالدين عظيم وطاعتهما فرض عين على كل مكلّف وإن كانا مشركين مالم يأمراه بمعصية (١) .

للأدلّة الكثيرة الدّالّة على ذلك من الكتاب والسّنّة والإجماع منها :

قوله تعالى : {وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِى عَامَيْنِ أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَالِدَيْكَ إِلَىَّ ٱلْمَصِيرُ ۝ وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَٱتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَىَّ ثُمَّ إِلَىَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ} (٢) .

---

(١) انظر :
رد المحتار ٢٢٠/٢ ، احكام القرآن للجصاص ١٩٦/٣ .
الفواكه الدوانى ٣٨٢/٢ ، الفروق للقرافى ١٥٨/١-١٦٤ ،
الشرح الصغير ٢٧٤/٢ .
كشاف القناع ٣٨٥/٢ .
المحلى ١٠٨/١٠ .

(٢) سورة لقمان : ١٤، ١٥

وقد بيّن الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم أن عقوقهما وعدم برّهما من الكبائر فقد أخرج البخاريّ بسنده إلى أنس بن مالك رضي اللّه عنه قال : ذَكَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ٱلْكَبَائِرَ - أَوْ سُئِلَ عَنِ ٱلْكَبَائِرِ - فَقَالَ : ٱلشِّرْكُ بِاللَّهِ وَقَتْلُ ٱلنَّفْسِ وَعُقُوقُ ٱلْوَالِدَيْنِ ... الحديث (١) .

فإذا تزاحم حقّ الوالدين على ولدهما مع الحجّ : ينظر :

- فإن كان الحجّ فرضا : قدّم على حقّ الوالدين ، وليس لهما منع ولدهما منه (٢) .

واشترط الحنفيّة لذلك التّقديم : ألاّ يكون فيه ضياعا لهما فإن كان قدّم حقّهما (٣) .

فإن منع الوالدان ولدهما من حجّ الفرض : فليس عليه طاعتهما في ترك الحجّ .

لما أخرجه مسلم بسنده إلى علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (... لَاطَاعَةَ فِي مَعْصِيَةِ اللّهِ إِنَّمَا ٱلطَّاعَةُ فِي ٱلْمَعْرُوفِ) (٤) .

---

(١) انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الأدب ، باب عقوق الوالدين ١٠/٤٠٥ .

(٢) انظر : ف : رد المحتار ٢/٢٥٣ .
م : تهذيب الفروق ١/١٦١ ، الفروق ١/١٤٣ .
ش : المجموع ٨/٣٤٧ ، مغني المحتاج ١/٥٣٧ .
ل : كشاف القناع ٢/٣٨٥ ، المغني ٣/٥٣٣ .

(٣) انظر : رد المحتار ٢/٢٥٣ .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٣/٥٣٣ .
والحديث في : صحيح مسلم ، كتاب الامارة ، وجوب طاعة الأمراء في غير معصية ٦/١٥ .
وفي سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، الجهاد ، باب الطاعة ٨/٢٨٩ .

وهناك رواية عند المالكيّة : أنّ على الولد أن يؤخّر لإذن الوالدين العام والعامين فإن أذنا له وإلا خرج .

لأنّ طاعة الوالدين واجبة على الفور باتفاق والحجّ مختلف في فوريته فيقدّم المتفق على فوريّته (١) .

أمّا إذا أحرم الإنسان بالحجّ : فلايملك والداه تحليله منه .

نصّ على ذلك الشّافعيّة والحنابلة .

لأنّ الحج فرض فلم يجز إخراج الإنسان منه كالصّوم والصّلاة (٢) .

هذا إن كان الحجّ فرضا .

أمّا إن كان تطوّعاً : فإنّ حقّ الوالدين مقدّم عليه . ولهما أن يمنعا ولدهما منه .

لأنّ بر الوالدين فرض عين وهو مقدّم على المستحب (٣) .

فإن أحرم الإنسان بالحجّ تطوعا بغير إذن أبويه : فليس لهما تحليله في الظّاهر عند الحنابلة وهو قول للشّافعيّة .

لأنّ الحجّ قد وجب بالشّروع فيه .

ولأنّه قربة لامخالفة على الإنسان فيها فلايجوز لوالديه تحليله منها كالصوم (٤) .

هذا وللشّافعيّة قول آخر وهو الأصحّ عندهم : أنّ للوالدين

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٤٧٢/٢ ، تهذيب الفروق ١٦١/١ ، الفروق ١٤٣/١ .

(٢) انظر : ش : المهذب بشرح المجموع ٣٤٧/٨ .
ل : المغني ٥٣٣/٣ ، كشاف القناع ٣٨٥/٢ .

(٣) انظر : ف : رد المحتار ٢٥٣/٢ .
م : الفروق ١٤٣/١ .
والمراجع السابقة للشافعية والحنابلة .

(٤) نفس المراجع السابقة للشافعية والحنابلة .

أن يحللا ولدهما من حجّ التطوع .(١)

لما أخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى عبد اللّه بن عمرو بن العاص قال : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ(٢) يَسْتَأْذِنُهُ فِي الْجِهَادِ فَقَالَ : أَحَيٌّ وَالِدَاكَ . قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَفِيهِمَا فَجَاهِدْ .(٣)

فقد منعه النّبيّ صلىّ اللّه عليه وسلّم من الجهاد لحقّ والديه وهو فرض فدلّ على أنّ المنع من التّطوّع لحقّهما أولى .(٤)

---

(١) فيؤمر الولد بأن يتحلل بما يتحلل به المحصر من النية والذبح والحلق أو التقصير .
انظر : المجموع ٣٥١/٨ .

(٢) هو عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل القرشي أبو محمد وقيل عبد الرحمن وقيل ابو نمير : صحابي جليل أسلم قبل أبيه وكان مجتهدا في العبادة غزير العلم . قال أبو هريرة : (ماكان أحدا أكثر حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مني الا عبد الله بن عمرو فانه كان يكتب وكنت لا أكتب) . توفي سنة ٦٣ أو ٦٥هـ وقيل غير ذلك .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٩٤/٥ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري ومسلم واللفظ له .
انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الجهاد باب الجهاد باذن الأبوين ١٤٠/٦ .
صحيح مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب بر الوالدين وانهما أحق به ٣/٨ .

(٤) انظر : المهذب بشرح المجموع ٣٤٧/٨ .

المطلب الثانى : تزاحم الحجّ مع حقّ الزّوج

جعل اللّه لكلّ من الزّوجين حقّا على الآخر فى قوله تعالى {وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ }(١) .

وجعل للزّوج حقّا عظيما على زوجته أعظم من حقّها عليه وممّا يدلّ على ذلك : ما أخرجه أبو داود بسنده إلى قيس بن سعد(٢) قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (... لَوْ كُنْتُ آمِراً أَحَداً أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ لَأَمَرْتُ ٱلنِّسَاءَ أَنْ يَسْجُدْنَ لِأَزْوَاجِهِنَّ لِمَا جَعَلَ اللّهُ لَهُمْ عَلَيْهِنَّ مِنَ ٱلْحَقِّ)(٣) .

كما جعل إغضاب الزّوج سببا للعن الملائكة وذلك فى الحديث الّذى أخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى أبى هريرة رضي اللّه عنه قال : قال النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِذَا بَاتَتِ ٱلْمَرْأَةُ هَاجِرَةً فِرَاشَ زَوْجِهَا لَعَنَتْهَا ٱلْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ)

---

(١) سورة البقرة : ٢٢٨

(٢) هو قيس بن سعد بن عبادة بن دليهم بن حارثة الأنصارى الخزرجى أبو عبد الله . قال أنس بن مالك : كان قيس بن سعد من النبى صلى الله عليه وسلم بمنزلة صاحب الشرطة من الأمير . توفى بالمدينة فى آخر خلافة معاوية .
انظر : تهذيب التهذيب ٣٥٣/٨ .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه ، وقد رويت أحاديث كثيرة بهذا المعنى حتى قال الشوكانى فى نيل الأوطار : (هذه أحاديث فى أنه لو صح السجود لبشر لأمرت به الزوجة لزوجها يشهد بعضها لبعض ويقوى بعضها بعضا) .
انظر : نيل الأوطار ٣٦١/٦،٣٦٢ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب النكاح ، حق الزوج على المرأة ١٧٧/٦ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، أبواب النكاح ، حق الزوج على المرأة ٣٢٤/٤ .
سنن ابن ماجة ، النكاح ، حق الزوج على المرأة ٥٩٥/١.

وفي لفظ آخر لهما : (حَتَّى تَرْجِعَ)(١) .

فكلّ ذلك دالّ على أنّه يجب على المرأة أن تؤدي حقّ زوجها ولايحقّ لها منعه ، ولكن إذا توافرت لها شروط الاستطاعة فهل يحقّ لها الخروج لأداء فريضة الحجّ وتفويت حقّ الزّوج ؟ وهل يحقّ للزّوج منعها من ذلك ، أو تحليلها إن أحرمت ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأوّل : أنّ لها الخروج إلى الحجّ وليس لزوجها أن يمنعها من ذلك ، وليس له أن يحللها إذا أحرمت .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة وابن حزم الظّاهرى وهو قول للشّافعيّة(٢) .

واستدلوا على ذلك :

بما أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عمر رضي اللّه عنهما أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (لاتَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ)(٣) .

وهو يدلّ بعمومه على أنّه ليس للزّوج منع زوجته من

---

(١) انظر : صحيح البخارى ، فى النكاح ، اذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ١٥٠/٦ .
صحيح مسلم ، فى النكاح ، تحريم امتناع المرأة من فراش زوجها ١٥٦/٤ .

(٢) انظر : ف : تبيين الحقائق ٦/٢ ، البدائع ١٢٤/٢ .
م : الشرح الصغير ٩/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤/٢ .
ش : المجموع ٣٢٣/٨ ، مغنى المحتاج ٥٣٦/١ .
ل : كشاف القناع ٣٨٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٦/١ .
ظ : المحلى ٤٧/٧ .

(٣) انظر : صحيح البخارى ، كتاب الجمعة ، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل ٢١٦/١ .
صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب خروج النساء الى المساجد ٣٢/٢ .

الذهاب للمسجد الحرام وأداء فريضة الحجّ (١).

واستدلّ غير الظاهرية - أيضا - بالقياس على الصوم والصلاة بجامع أنّ منافع الزوجة مستثناة عن ملك الزوج في كلّ هذه الفروض فلايحقّ له منعها لعدم ظهور حقّه على الفرائض (٢).

<u>والقول الثاني</u> : أنّ للزوج أن يمنع زوجته من الخروج لأداء فريضة الحجّ ، وله ان يحللها إذا احرمت .

وهو الأظهر عند الشافعية .

واستدلّوا على ذلك :

بأنّ حقّ الزوج على الفور ، والحجّ على التراخي - عندهم - فقدّم ماكان على الفور كما تقدّم العدّة على الحجّ بلا خلاف (٣).

وأجابوا على ما استدلّ به الأولون :

بأنّ النهي في الحديث محمول على التنزيه أو على غير المتزوجات لأنّ غير الزوجات لم يتعلّق بهنّ حقّ على الفور وذلك كالبنت والأخت ونحوهما .

وأنّ المراد لاتمنعوهن مساجد اللّه للصلوات وهذا هو ظاهر سياق الحديث .

كما أنّ هناك فرقا بين الحجّ والصلاة أو الصوم وهو أنّ مدة أدائه طويلة بخلافهما (٤).

لكن يمكن الردّ على أصحاب القول الثاني :

---

(١) انظر : المجموع ٣٢٣/٨ ، المحلى ٥٠/٧ .
(٢) انظر : ف : تبيين الحقائق ٦/٢ ، البدائع ١٢٤/٢ .
ش : المجموع ٣٢٣/٨ ، مغني المحتاج ٥٣٦/١ .
ل : كشاف القناع ٣٨٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٦/١ .
(٣) انظر : المجموع ٣٢٣/٨ ، مغني المحتاج ٥٣٦/١ .
(٤) انظر : المجموع ٣٢٣/٨ .

بأنّ الرّاجح في الحجّ أنّه على الفور وهو ركن من أركان الإسلام فإذا ماتزاحم مع حقّ الزّوج : قدّم الرّكن بلا شك ولايحقّ للزّوج أن يمنع زوجته من أداء الرّكن والأولى به أن يخرج معها امتثالاً لأمر رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم فقد أخرج البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَخْطُبُ يَقُولُ : (لَايَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِٱمْرَأَةٍ إِلَّا وَمَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ وَلَاتُسَافِرُ ٱلْمَرْأَةُ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ : يَارَسُولَ ٱللّهِ إِنَّ ٱمْرَأَتِي خَرَجَتْ حَاجَّةً وَإِنِّي ٱكْتُتِبْتُ فِي غَزْوَةِ كَذَا وَكَذَا قَالَ : ٱنْطَلِقْ فَحُجَّ مَعَ ٱمْرَأَتِكَ) (١) .

بل أوجب ابن حزم على الزّوج أن يخرج مع زوجته (٢) .

والفرض في المسألة أنّ المرأة مستطيعة للحجّ بمعنى أنّها قد وجدت محرما يخرج معها .

وبهذا يظهر ترجيح القول الأوّل . واللّه أعلم .

---

(١) واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، باب لايخلون رجل بامرأة الا ذو محرم والدخول على المغيبة ١٥٩/٧ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم الى حج وغيره ١٠٤/٤ .

(٢) انظر : المحلى ٤٧/٧ .

المطلب الثّالث : تزاحم الحجّ مع حقّ الدّائن

إذا كان على الإنسان دَين لآخر ، وملك مالاً يمكّنه من سداد هذا الدَّين اومن الحجّ ، فما المقدّم منهما ؟ وهل يملك الدّائن منعه من السّفر للحجّ ؟

وللإجابة على ذلك اقول :

إنَّ الدّين مقدّم على الحجّ . نصّ على ذلك أصحاب المذاهب الأربعة (١) .

لأنَّ الدّين من حوائج الإنسان الأصليّة والمستحَقّ بها ملحق بالعدم فهو محتاج إلى تفريغ ذمّته منه متى قدر عليه فلايكون مستطيعاً للحج .

ويستوى فى ذلك الدّين الحالّ والمؤجّل :

لأنّ الدّين الحالّ يلزم الإنسان اداؤه .

والدّين المؤجّل يحلّ اجله فإذا صرف الإنسان مامعه من المال إلى الحجّ فقد يحلّ الأجل ولايجد مايقضى به الدّين ، وقد تخترمه المنيّة فتبقى ذمّته مرهونة (٢) .

وهناك قول للمالكيّة ، ووجه للشّافعيّة وهو : انّه إذا كان الدّين مؤجّلا أجلا لاينقضى إلاّ بعد رجوع المدين من الحجّ : لزمه الحجّ ولايمنع هذا الدّين خروجه إلى الحجّ (٣) .

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ١٤٣/٢ ، فتح القدير ٤١١/٢ .
م : مواهب الجليل ٥٠٥/٢ .
ش : أسنى المطالب ١٤٤/١ ، العزيز ١٦/٧ ، المجموع ٦٨/٧ .
ل : المغنى ٢١٨/٣ .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

(٣) انظر : م : الفروق للقرافى ٢٠٣/٢ .
ش : العزيز ١٦/٧ ، المجموع ٦٨/٧ .

وأرى أنّ القول بالتّفرقة بين الدّين الحالّ والمؤجّل هو الرّاجح .

لأنّ المؤجّل وإن كان ثابتا على الإنسان إلّا أنّه لم يطالب به فلايكون مقدّما على الحجّ . والله أعلم .

وبهذا يتبيّن أنّ الدّين مانع من وجوب الحجّ ولكن إذا لم يقدّم الإنسان الدّين ، وأراد تقديم الحجّ فهل يحقّ للدّائن أن يمنعه من السّفر للحجّ ؟

أقول : يحقّ له ذلك بشروط تؤخذ من أقوال الفقهاء :

الأوّل : أن يكون الدّين حالّا (١) .

أما إن كان مؤجّلا : فلايحقّ للدّائن أن يمنع المدين من السّفر إلا أنّ المالكيّة اشترطوا : ألّا يحلّ الدّين في أثناء السّفر فإن كان كذلك : فلابدّ من إذن الغريم للسّفر (٢) .

واستحبّ الشّافعيّة في هذه الحال : ألّا يخرج المدين حتّى يوكّل من يقضي الدّين عند حلوله (٣) .

والثّاني : أن يكون المدين موسرا غير معسر فإن كان معسرا : فلايحقّ للدّائن أن يمنعه من الخروج إلّا أن الحنفيّة كرهوا للمدين أن يخرج بغير إذن الدّائن في هذه الحال (٤) .

وأشير هنا إلى أنّ الفرض في المسألة أنّ المدين غير معسر .

والثّالث : ألّا يكون المدين قد أحرم بالحجّ .

---

(١) انظر : المجموع ٣٥٣/٨ .
(٢) انظر : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢٧٤/٢ .
(٣) انظر : المجموع ٣٥٣/٨ .
(٤) انظر : نفس المرجع السابق ، فتح القدير ٤٠٧/٢ .

فإن كان قد أحرم به فلا يحقّ للدّائن أن يمنعه من الخروج ولا أن يحلله من الحجّ لوجوب إتمام الحجّ بالشّروع فيه (١) .

(١) انظر : المجموع ٣٥٣/٨ ، كشاف القناع ٣٨٥/٢ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٧/١ .

المطلب الرّابع : تزاحم الحجّ مع حاجة من حاجات الإنسان

إن للإنسان حوائج أصليّة في حياته وهي كلّ ماتتطلبه حياته من مطعم وملبس ومسكن ومركب وخادم وآلة حرفة .

وهذه الحوائج الأصليّة مقدّمة على الحجّ في قول جمهور الفقهاء فلايكون الإنسان مستطيعاً للحجّ إلاّ إذا فضل عن تلك الحوائج مايمكّنه من اداء الحجّ ـ وقد سبقت الإشارة الى ذلك في شروط الاستطاعة ـ .

غير أن هناك تفصيلا للفقهاء فيما إذا تزاحم الحجّ مع الحاجة إلى الزّواج وذلك فيما إذا ملك الإنسان مالا يمكّنه من اداء الحج ، وهو محتاج إلى الزواج فأيّهما يقدّم ؟

والجواب على ذلك مبنيّ على مدى حاجته للزّواج :

ـ فإن خاف الوقوع في العنت بأن غلب على ظنه ذلك : قدّم الزّواج بالاتفاق :

لأنّه حينئذ من الحاجات الأصليّة ولاتتحقّق الاستطاعة مع هذه الحال .

ولأنّ الزّواج في هذه الحال : واجب وفي تركه أمران هما ترك الواجب ، والوقوع في العنت .(١)

وقد صرّح كثير من الشّافعيّة : بأنّ الحج يجب عليه ،

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ١٤٤/٢ ، مجمع الأنهر ٢٥٩/١ .
م : مواهب الجليل ٥٠٣/٢ ، منح الجليل ٤٣٨/١ .
ش : المجموع ٧١/٧ ، حاشية القليوبي ٨٧/٢ ، أسنى المطالب ٤٤٦/١ .
ل : المغني ٢١٨/٣ ، كشاف القناع ٣٨٩/٢ ، ٧/٥ ، شرح منتهى الارادات ٢/٢ .

ويستقرّ فى ذمّته ولكن لايجب عليه أداؤه بل يقدّم عليه الزّواج وهو أولى فلومات بعد تقديم الزّواج لم يكن عاصيا ويقضى من تركته (١) .

هذا إذا خاف الإنسان الوقوع فى العنت .

أما إذا لم يخف ذلك : فيقدّم الحجّ عندئذ وجوبا على القول بفوريّته ، وندبا على القول بتراخيه .

وذلك لأنّ الحجّ فرض والزّواج سنّة (٢) .

ونصّ المالكيّة على انّه لو تزوّج فى هذه الحال فالزّواج صحيح ويأثم بتأخير الحجّ وهذا تفريع على القول بوجوب الحجّ على الفور (٣) .

ونصّ الشّافعيّة على أنّ تقديم الحجّ فى هذه الحال أفضل وليس واجبا لأنّه واجب على التّراخى .

---

(١) انظر : المراجع السابقة للشافعية .
(٢) انظر : المراجع السابقة فى أول المسألة .
(٣) انظر : مواهب الجليل ٥٠٣/٢ ، منح الجليل ٤٣٨/١ .
(٤) انظر : المجموع ٧١/٧ ، حاشية القليوبى ٨٧/٢ ، أسنى المطالب ٤٤٦/١ ، شرح الاسنوى (نهاية السول) ٩٢/١ ، تيسير التحرير ١٩٢/٢ .

الباب الثالث

شادية كعكي

الحقوق المتعلقة بالأموال

وفيه فصول

الأول: الحق المتعلق بالعين المملوكة بسبب الاستحقاق وتتبعه

والثاني: الحق المتعلق بالمال الذي حجر على صاحبه بالتفليس

والثالث: الحق المتعلق بالمبيع إذا فلس المشتري

والرابع: الحق في العين المرهونة

والخامس: الحق في المبيع والمستأجر للعمل فيه واللقطة

والسادس: اجتماع ديون الصحة وديون المرض

والسابع: الحقوق المتعلقة بالتركة

والثامن: اجتماع نفقات الوقف ودينه مع حقوق المستحقين

والتاسع: الحق في المباحات

البــاب الثّــالــث

الحقوق المتعلّقة بالمال

المال هو ما أبيح الانتفاع به لغير ضرورة وكانت له قيمة بين الناس .[1]

وقد كانت عناية الشّرع بالمال كبيرة من حيث تحصيله وإنفاقه وتحريم الاعتداء عليه . قال تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ...}[2] ، وبيّن الرّسول الكريم صلّى اللّه عليه وسلّم مدى حرمة مال المسلم عندما سوى بينه وبين عرضه ونفسه بقوله فى الحديث الّذى أخرجه البخارى ومسلم بسندهما إلى أبى بكرة رضي اللّه عنه عن النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (... إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا)[3] .

والأموال تتعلّق بها حقوق للّه تبارك وتعالى من زكاة أو حجّ أو كفارة وسبق الحديث عن الزّكاة والحجّ فى باب العبادات وسيأتى الكلام عن الكفّارات فى الباب الأخير من هذه الرسالة .

---

(١) اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف المال ويمكن أن يستخلص منها هذا التعريف الذى ذكرته والغرض منه بيان معنى المال فى الجملة لما يترتب عليه من بيان الحقوق المالية .
انظر : ف : رد المحتار ٣/٤ ، كشف الأسرار ٢٦٨/١ .
م : الشرح الصغير ٧٤٢/٤ .
ش : الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٧ .
ل : كشاف القناع ١٥٢/٣ .

(٢) سورة النساء : ٢٩

(٣) صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب التوحيد ، باب قول الله تعالى : {وجوه يومئذ ناضرة الى ربها ناظرة} ٤٢٤/١٣ .
صحيح مسلم ، كتاب القسامة ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض ١٠٨/٥ .

كما تتعلّق بها حقوق للنّاس وقد يتزاحم على الحقوق الماليّة أكثر من إنسان :

فقد يكون المال بيد إنسان ويدّعى آخر أنّه يستحقّه .

وقد يكون المال محجوراً عليه يتزاحم عليه المفلس والغرماء .

وقد يكون المال مبيعاً لم يقبض ثمنه يتزاحم عليه المشترى المفلس والبائع .

وقد يكون المال رهنا يتزاحم عليه الرّاهن والمرتهن .

وقد يوجد مال للمدين تحت يد الدائن ويريد أن يحبسه ليستوفي دينه فيتزاحم الاثنان على هذا المال كالمبيع والمستأجَر للعمل فيه واللقطة .

وقد يكون المال دينا على مريض مرض الموت تزاحم عليه غرماؤه .

وقد يكون المال تركة يتزاحم عليها الورثة والغرماء والموصى لهم والميّت نفسه بالنسبة لتجهيزه .

وقد يكون المال موقوفا تتزاحم نفقاته مع حقوق المستحقّين .

وقد يكون المال مباحا يتزاحم النّاس على امتلاكه .

هذه أهمّ صور التّزاحم فى هذا الباب أبيّنها بإذن اللّه تعالى فى الفصول الآتية :

الفصل الأول

الحقوق المتعلقة بالعين المملوكة بسبب الاستحقاق وتبعه

وفيه مباحث

الأول: الاستحقاق: تعريفه، وأنواعه، وحكم المطالبة بالحق، وسبب الاستحقاق، وشروطه، وموانعه

والثاني: تتبع الحق في العين المستحقة

والثالث: التراجع على زيادة العين المستحقة

الفصل الأوّل

الحقّ المتعلّق بالعين المملوكة بسبب الاستحقاق وتتبّعه

قد يكون الشّيء بيد إنسان يزعم أنّ له فيه حقّا ، ويدّعى آخر انّ له فيه حقّا . الأمر الّذى يدلّ على تزاحم الاثنين على هذا الشّيء .

ويزيل هذا التزاحم الاستحقاق .

ثم إنّه قد يكون هذا الشّيء قد زاد عند من هو فى يده وعندئذ يظهر التّزاحم أيضا بعدة صور .

ولتوضيح ذلك كلّه ينبغى بيان عدة أمور :

الأوّل : بيان معنى الاستحقاق من خلال :

تعريفه ، وأنواعه ، وحكم المطالبة به ، وسببه ، وشروطه ، وموانعه .

والثّانى : بيان تتبع الحق فى العين المستحقّة .

والثّالث : التّزاحم على زيادة العين المستحقّة .

وذلك ماتشمله المباحث الآتية :

المبحث الأول

الاستحقاق

تعريفه ، وأنواعه ، وحكم المطالبة بالحقّ

وسبب الاستحقاق ، وشروطه ، وموانعه

تعريف الاستحقاق :

الاستحقاق في اللّغة مصدر استحقّ فلان الأمر : إذا استوجبه أي ثبت أنّه حقّه .

فهو : مستحِقّ ـ بكسر الحاء ـ ، والأمر : مستحَق ـ بفتحها ـ والشّخص الّذي وجب عليه أداء الحقّ : مستحقّ منه أو عليه (١) .

والاستحقاق في الاصطلاح :

عرّفه الحنفيّة بأنّه : ظهور كون الشّيء حقّاً للغير واجبا على من هو عليه (٢) .

ومعنى التّعريف :

أن تكون العين بيد إنسان على أنّها ملك له أو مرهونة عنده ، أو مؤجرة له ، أو وديعة عنده ، فيدّعي آخر فيها حقّا سابقا كالإرث أو الشّراء ويقضى له به .

فقولهم (ظهور كون الشّيء) : يفيد أنّ الحقّ الّذي ثبت كان سابقا على مايزعمه واضع اليد .

---

(١) انظر : المصباح المنير مادة (حق) ، القاموس المحيط نفس المادة ، الصحاح مادة (حقق) .

(٢) انظر : رد المحتار ١٩١/٤ بتصرف .

وقولهم (حقّا) : أعمّ من أن تكون الدعوى ملكا أو هى الحرية أو الوقف بأن ادعى إنسان أنّه حر ، أو ادعى المدعي أنّ هذا العقار موقوف .

وقولهم (واجبا على من هو عليه) : يدلّ على أنّ المراد الحقّ المتأكّد لخروج مثل العارية فإنّها وإن كانت حقّا للمستعير لكنّها ليست واجبة على المعير لأنّ له الرّجوع فيها .

وعرف المالكيّة الاستحقاق بأنّه : (الحكم بإخراج المدّعى فيه الملكيّة من يد حائزه إلى يد المدّعي بعد ثبوت السّبب والشّروط وانتفاء الموانع) (١) .

وهذا التّعريف يفيد المعنى الذّى ذكره الحنفيّة إلاّ أنّه أضيق لأنّه حصر المسألة فيما إذا كان مدعي الحقّ يدّعى الملك.

ولهم تعريف أوسع وهو : (رفع ملك الشّىء بثبوت ملك قبله أو حرية بغير عوض) (٢) .

أنواع الاستحقاق :

هو نوعان :

الأوّل : مبطل للملك أوغيره بالكليّة كالعتق والحريّة الأصليّة . وهذا النوع خارج عن بحثنا لأنّه لاتزاحم فيه .

والثّاني : ناقل للملكيّة أو غيرها من شخص الى آخر وهذا النّوع هو موضوعنا (٣) .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٢٩٥/٥ ، منح الجليل ٥٥٦/٣ .
(٢) انظر : نفس المراجع السابقة ، الشرح الصغير ٦١٣/٣ .
(٣) انظر : رد المحتار ١٩١/٤ .

حكم المطالبة بالحقّ :

هو الوجوب إذا توفرت أسبابه إن ترتّب على عدم المطالبة به مفسدة كما إذا كان المدّعَى مسجدا أو أرضا موقوفة يخشى ممن هي تحت يده ، وإلاّ كانت المطالبة به جائزة (١) .

سبب الاستحقاق :

هو قيام البيّنة على عين الشّيء المستحقّ أنّه ملك للمدّعِي لاتعلم البينة خروجه ولاخروج شيء منه عن ملكه الى وقت الدّعوى (٢) .

شروط الاستحقاق :

للاستحقاق ثلاثة شروط ذكرها المالكيّة :

الأوّل : الشّهادة على عين الشّيء المستحَقّ إن أمكن إحضاره مجلس الحكم وإلاّ فحيازته وهي : أن يبعث القاضي عدلين وقيل : او عدلا مع الشّهود الّذين شهدوا بالملكيّة فإن كانت دارا مثلا قالوا لهما : هذه الدّار الّتي شهدنا عند القاضي عليها .

الثّاني : الإعذار في ذلك إلى الحائز بمعنى إبلاغه فإن

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٢٩٥/٥ ، منح الجليل ٥٥٧/٣ ، الشرح الصغير ٦١٣/٣ .
ويلاحظ هنا أن المالكية ذكروا هذا الكلام تحت : حكم الاستحقاق وهذا خطأ لأن الاستحقاق كما ورد في تعريفه لايوصف بوجوب أو جواز وانما هذا هو حكم المطالبة بالحق .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

ادّعى مدفعا أجله القاضي فيه بحسب مايراه .

الثّالث : يمين الاستبراء .

بأن يحلف المدّعي بأنّه ماباع الشّيء المشهود له به ، ولافوته ولاخرج عن ملكه بأي وجه .

واختلف المالكيّة في لزوم هذه اليمين على أقوال ثلاثة :

الأوّل : انّه لابدّ منها في جميع الأشياء .

الثّاني : لايمين في الجميع .

الثّالث : انّه لايحلف في العقار ويحلف في غيره (١) .

موانع الاستحقاق :

هي مانعان :

الأوّل : صدور فعل من المدعي يمنع ما ادعاه كأن يشتري ما ادعاه من عند حائزه من غير بيّنة يشهدها سرّا قبل الشّراء بأنّي إنّما قصدت شراءه ظاهرا خوف أن يفيته على بوجه لو ادعيت به .

والثّاني : سكوت المدّعي بأن يترك القيام بالدّعوى من غير مانع مدّة الحيازة (٢) .

(١) انظر : الشرح الصغير ٦١٣/٣ ، مواهب الجليل ٢٩٥/٥ ، منح الجليل ٥٥٧/٣ .
(٢) انظر : المراجع السابقة .

المبحث الثّانى

تتبّع الحقّ فى العين المستحقّة

إذا استحقّ الإنسان عينا من آخر فإنّ حقّه يتعلّق بالعين فى أىّ يد كانت ، فلو باع إنسان عينا تبيّن أنّها مستحقّة وكان المشترى قد باعها من آخر : كان للمالك أن يطالب المشترى الثّانى ويرفع الدّعوى عليه لأنّ حقّ الملك يتبع العين فى أىّ يد وجدت لتعلّقه بعينها (١) .

وممّا يدلّ على ذلك :

- ما أخرجه أبو داود بسنده إلى الحسن عن سمرة بن جندب (٢) قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ وَيَتّبِعُ ٱلْبَيِّعُ مَنْ بَاعَهُ) (٣) .

قال الخطّابى (٤) : (هذا فى الغصوب ونحوها إذا وجد ماله

---

(١) انظر : النظريات العامة للمعاملات ص ٧٣ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٢٩٣،٤١٧ .

(٢) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزارى حليف الأنصار صحابى مشهور مات بالبصرة سنة ٥٨هـ .
انظر : تقريب التهذيب ١/٣٣٣ .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه . واللفظ له .
كما أخرجه الامام أحمد فى مسنده والنسائى وابن ماجة والدارقطنى فى سننه .
وجاء فى التعليق المغنى نقلا عن الفتح : (اسناده حسن وهو من رواية الحسن البصرى عن سمرة وفى سماعه منه خلاف معروف) .
انظر : سنن أبى داود مع معالم السنن ، كتاب البيوع ، باب فى الرجل يجد عين ماله عند رجل ٣/٨٠٢ .
مسند الامام أحمد ، حديث سمرة بن جندب ٥/١٣ .
سنن النسائى ، كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ٤/٣١٢ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الأحكام ، باب من سرق له شىء فوجده فى يد رجل اشتراه ٢/٧٨١ .
سنن الدارقطنى مع التعليق المغنى ، كتاب البيوع ٣/٢٨

(٤) الخطابى هو : أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب البستى فقيه محدث من نسل زيد بن الخطاب رضى الله عنه من أهل بست من بلاد كابل ، من مؤلفاته : =

المغصوب والمسروق عند رجل كان له أن يخاصمه ويأخذ عين ماله منه ويرجع المأخوذ منه على من باعه إيّاه) (١).

- وما أخرجه أصحاب السّنن وأحمد والحاكم بسندهم إلى الحسن عن سمرة قال: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم: (عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي) (٢). وفي لفظ ابن ماجة والحاكم وابن أبي شيبة (حَتَّى تُؤَدِّيَهُ) (٣) وهو موجب لردّ العين ماكانت قائمة، والمشترى الثّاني يدخل تحت هذا العموم لأنّه أخذ مال غيره بغير حقّ.

- وما أخرجه البيهقي بسنده إلى عامر الشّعبي (٤) فِي رَجُلٍ وَجَدَ جَارِيَتَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَأَقَامَ ٱلْبَيِّنَةَ أَنَّهَا جَارِيَتُهُ، وَأَقَامَ ٱلَّذِي فِي يَدِهِ ٱلْجَارِيَةُ أَنَّهُ ٱشْتَرَاهَا فَقَالَ:

= معالم السنن، بيان اعجاز القرآن، اصلاح غلط المحدثين غريب الحديث. وكانت حياته من سنة ٣١٩هـ الى سنة ٣٨٨هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء ٢٣/١٧، كتاب الوفيات ص ٢٢٢ تذكرة الحفاظ ١٠١٨/٣، الأعلام ٢٧٣/٢.

(١) انظر: معالم السنن بحاشية سنن أبي داود ٨٠٢/٣.

(٢) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وأخرجه الحاكم وصححه وأعله ابن حزم ورد عليه
انظر: سنن أبي داود مع معالم السنن، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٨٢٢/٣.
جامع الترمذي، في البيوع، باب ماجاء أن العارية مؤداة ٤٨٢/٤.
سنن ابن ماجة، كتاب الصدقات، باب العارية ٨٠٢/٢.
المستدرك، في البيوع ٤٧/٢ ، المحلى ١٧٢/٩

(٣) سنن ابن ماجة ٨٠٢/٢، المستدرك ٤٧/٢.
مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع، في العارية من كان لايضمنها ومن كان يفعل ١٤٦/٦.

(٤) الشعبي هو أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي الحميري الكوفي، من أئمة التابعين، ومن الحفاظ الثقات، له في الفقه منزلة. ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان رضي الله عنه، وتوفي سنة ١٠٤هـ وقيل سنة ١٠٧هـ.
انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٢، مشايخ بلخ من الحنفية ٨٧٥/٢.

قَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَأْخُذُ صَاحِبُ الْجَارِيَةِ جَارِيَتَهُ وَيُؤْخَذُ الْبَائِعُ بِالْخَلَاصِ .(١)

والخلاص هو الثّمن كما فسّره البيهقيّ(٢) ، وابن حزم الظّاهري في قصة مشابهة(٣) .

ومعنى ذلك : أنّه متى استحقّت العين فللمستحقّ منه أن يرجع بالثّمن إن كان قد اشتراها من آخر لأنّه قد ظهر بطلان البيع .

وقد نصّ الحنفيّة على أن الحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد وعلى من تلقّى ذو اليد الملك منه .

وهذا مشروط بما إذا ادعى ذو اليد الشّراء منه فإذا قال المشتري في جواب دعوى الملك : هذا ملكي لأنّي شريته من فلان صار البائع مقضيّا عليه ويرجع المشتري عليه بالثّمن ، أمّا إن قال في الجواب : هو ملكي ولم يزد عليه لايصير البائع مقضيّا عليه(٤) .

هذا في حال قيام العين .

أمّا في حال هلاكها : فلإيضاح معنى التتبّع أذكر بعض

---

(١) سنن البيهقي ، كتاب الغصب ، من غصب جارية فباعها ثم جاء رب الجارية ١٠١/٦ .

(٢) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الفقيه الشافعي المحدث الأصولي ، ولد سنة ٣٨٤هـ في قرية من قرى بيهق بنيسابور . قال فيه امام الحرمين : (مامن شافعي الا وللشافعي فضل عليه غير البيهقي فان له المنة والفضل على الشافعي لكثرة تصانيفه في نصرة مذهبه) . من مؤلفاته : السنن الكبرى ، والمبسوط في نصوص الشافعي توفي سنة ٤٥٨هـ .
انظر : تذكرة الحفاظ ١١٣٢/٣ ،وفيات الأعيان ٧٥/١ ، طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٣٣ .

(٣) انظر : المحلى ١٣٨/٨ .

(٤) انظر : الدر المختار ورد المحتار ١٩٢/٤ ، شرح المجلة العدلية لسليم رستم ص ٢٢٧ .

الصّور الّتي ذكرها الفقهاء في باب الغصب عند حديثهم عن الأيدى المترتّبة على يد الغاصب :

الصّورة الأولى : ما إذا باع الغاصب العين المغصوبة وظهر استحقاقها بعد هلاكها .

فللمالك المستحِقّ تضمين الغاصب أو المشترى .

أمّا الأوّل : فلاعتدائه ، وأمّا الثّاني : فلأنّ العين متحمّلة للحقّ وعند هلاكها يضمنها من هلكت عنده ولأنّه وضع يده على ملك غيره بغير إذنه وإن كان جاهلا لأنّ الجهل لايسقط الضّمان بل الإثم .

فلذلك كان للمستحقّ أن يضمّن من شاء منهما .

فإن ضمّن المالك المشترى قيمة العين ومنفعتها (١) رجع المشترى على الغاصب بقيمة المنفعة دون العين فإنّها تستقرّ عليه لدخولها في العقد على ضمانه ، ويستردّ المشترى مادفع إلى الغاصب من الثّمن سواء أجهل بالغصب أم علم به لبطلان العقد .

---

(١) منافع المغصوب يضمنها الغاصب عند الشافعية والحنابلة سواء استوفى الغاصب تلك المنافع أم عطلها .
وهناك رأى آخر : وهو أن منافع المغصوب لاتضمن بالاستيفاء أو التعطيل وهو قول الحنفية ، وقول للمالكية غير أن متاخرى الحنفية استثنوا ثلاثة مواضع أوجبوا فيها أجر المثل استحسانا وهى : الوقف المعد للسكنى أو الاستغلال ، ومال اليتيم ، والأعيان المعدة للاستغلال .
وهناك رأى ثالث وهو أن منافع المغصوب تضمن بالاستعمال دون التعطيل وهو المشهور عند المالكية .
انظر : ف : الدر المختار ١٣١/٥ ، تكملة البحر الرائق ٦٣٩/٨ .
م : الشرح الصغير ٥٩٥/٣ ، منح الجليل ٥٢٣/٣ ، التاج والاكليل ٢٨١/٥ .
ش : مغنى المحتاج ٢٨٦/٢ ، العزيز ٢٦٤/١١ ، أسنى المطالب ٣٤٣/٢ .
ل : كشاف القناع ١١١/٤ ، المغنى ٢٩٢/٥ .

وهذا مذهب الشّافعيّة والحنابلة (١) .

وفرّق المالكيّة بين ما إذا كان المشترى عالماً بالغصب او ليس بعالم :

فألحقوه بالغاصب إذا كان عالما وضمّنوه غلّة المغصوب وقيمته إن هلك بسماويّ أو غيره .

وامّا إذا لم يكن عالما بالغصب : فهو صاحب شبهة فلايضمن العين إذا هلكت بسماويٍ بل الضّمان فيها على الغاصب وفى هذه الحال إذا رجع المالك عليه : يرجع هو على الغاصب بالثّمن الّذى كان قد دفعه اليه (٢) .

هذا وقد ألحق الشّافعيّة والحنابلة بالمشترى المستعير من الغاصب فإن ضمّنه المالك : فإنّه يرجع على الغاصب بقيمة المنفعة إذ هى غير مضمونة عليه دون العين فإنّها تستقرّ عليه لدخوله فى العقد على ضمانها (٣) .

وألحق المالكيّة بالمشتري الموهوب له من الغاصب والوارث منه . إلاّ أنّه فى الموهوب له يقدّم الرّجوع على الغاصب ولايرجع على الموهوب له إلاّ إذا تعذّر الرّجوع على الغاصب ، وفى الوارث لايتأتّى الرّجوع على الغاصب إذ لاغاصب مع الوارث لموته (٤) .

---

(١) انظر : ش : مغنى المحتاج ٢٧٩/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٣٢/٣ .
ل : كشاف القناع ١٠٠/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤١٣/٢ .

(٢) انظر : الشرح الصغير ٦٠٢/٣-٦٠٦ ، الشرح الكبير ٤٦٤/٣،٤٦٥ .

(٣) انظر : ش : مغنى المحتاج ٢٧٩/٢ ، أسنى المطالب ٣٤١/٢
ل : كشاف القناع ١٠٠/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤١٣/٢ .
هذا واشير هنا الى أن العارية مضمونة فى قول الشافعية والحنابلة .
انظر : مغنى المحتاج ٢٧٤/٢ ، كشاف القناع ٧٠/٤ .

(٤) انظر : الشرح الصغير ٦٠٢/٣ ، الشرح الكبير ٤٦٤/٣-٤٦٥

<u>الصّورة الثّانية</u> : ما إذا آجر الغاصب العين المغصوبة وتلفت عند المستأجر من غير تعد منه ثم ظهر استحقاقها : فعندئذ يستقرّ على المستأجر ضمان المنفعة دون العين إذا كان المستأجر جاهلا بالغصب لأنّه دخل على ضمان المنفعة دون العين .

فإن ضمّن المالك الغاصب قيمة العين المغصوبة ومنفعتها رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة ، ولايرجع بقيمة العين لأنّ يد المستأجر عليها يد أمانة .

وإن ضمّن المالك المستأجر : رجع على الغاصب بقيمة العين لأنّه غرّه بإعطاء العين له .

وهذا مذهب الشّافعيّة والحنابلة (١) .

<u>الصّورة الثّالثة</u> : ما إذا أودع الغاصب العين المغصوبة عند آخر وتلفت من غير تعدّ منه ثم ظهر استحقاقها : فللمالك تضمين من شاء منهما لأنّ مودَع الغاصب في حكم الغاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء .

فإن ضمّن المالك مودع الغاصب : رجع المودع على الغاصب إن لم يعلم بالغصب وأمّا إن علم به فلايرجع عليه لأنّه يصير كالغاصب من الغاصب .

وهذا مذهب الشّافعيّة والحنابلة وهو قول للحنفيّة (٢) .

وأمّا إن ضمّن المالك الغاصب : فلايرجع الغاصب على الآخر بشيء إلاّ إذا كان المودَع عالما بالغصب .

---

(١) انظر : ش : مغني المحتاج ٢٧٩/٢ ، أسنى المطالب ٣٤١/٢
ل : كشاف القناع ١٠٠/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤١٣/٢ .

(٢) انظر : ف : الدر المختار ٥٠٠/٤ ، مجمع الأنهر ٣٤٤/٢ .
ش ، ل : نفس المراجع السابقة .

- هذا وقد ألحق الحنابلة بهذه الصّورة : ما إذا ملّك الغاصب العين المغصوبة بلاعوض كأن وهبها أو تصدق بها :

فإن ضمّن المالك الموهوب له أو المتصدّق عليه : رجعا على الغاصب حيث لم يعلما بغصبه لتغريره لهما ، ولأنّهما لم يدخلا على ضمان شيء .

وقال الشّافعيّة في أظهر أقوالهم : إنّ قرار الضّمان على المملّك بلاعوض لأنه وان كانت يده ليست يد ضمان إلّا أنّ أخذه للتملّك . وهو ظاهر كلام الحنفيّة .

وأمّا المالكيّة : فقد سبق أنّهم ألحقوا الموهوب له بالمشتري في الصّورة الأولى فهو في حكم الغاصب إن علم بالغصب .(١)

وأرى أنّ العدل يتمثّل في قول الحنابلة .

الصّورة الرّابعة : ما إذا غصب العين المغصوبة غاصب آخر :

فقرار الضّمان على هذا الغاصب الأخير . ويضمن العين ومنفعتها مدّة وجودها عنده .

وهل للمالك المستحِقّ أن يطالب الغاصب الأوّل ؟

المفهوم من كلام الفقهاء أنّ له ذلك فإن طالب الأوّل في هذه الحال رجع على الثّاني .(٢)

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٠٢/٥ ، مجمع الأنهر ٣٦٤/٢
م : انظر ماسبق عنهم في الصورة الأولى .
ش : مغني المحتاج ٢٧٩/٢ ، أسنى المطالب ٣٤١/٢ .
ل : كشاف القناع ١٠٠/٤ .

(٢) انظر : ف : رد المحتار ١١٤/٥ .
م : الشرح الصغير ٦٠٢/٣ .
ش : مغني المحتاج ٢٧٩/٢ .
ل : كشاف القناع ١٠٢/٤ .

المبحث الثّالث

التّزاحم على زيادة العين المستحقّة

إذا زادت العين المستحقّة عند المستحقّ منه : تزاحم المستحقّ والمستحقّ منه على هذه الزّيادة .

ويتوقّف الحكم فى ذلك على نوع الزّيادة الحاصلة وهى تتنوع إلى نوعين :

النّوع الأول : الزّيادة المنفصلة .

وهذه الزّيادة إمّا أن تكون متولّدة من العين المستحقّة كالولد المتولّد من الحيوان ، وإمّا أن تكون غير متولّدة كالأجرة الحاصلة من الدّار .

والظّاهر من كلام الفقهاء أنّها تكون للمستحقّ لأنّها نماء ملكه إلاّ أنّ الحنفيّة استثنوا ما إذا كانت هذه الزّيادة ربحا كأن كانت أجرة للعين المستحقّة فلايأخذها المستحِقّ من المستحَقّ منه إن كان غاصبا أو متلفا بناء على مذهبهم القائل بعدم ضمان المنافع بالغصب أو بالإتلاف (١) .

وفرّق المالكيّة بين الاستحقاق من الغاصب أو من ذي الشّبهة كوارث غير الغاصب ، أو المشتري من غير الغاصب والمكتري منه ، والموهوب له منه ، أو المشتري والمكتري والموهوب له من الغاصب ولم يعلم بالغصب فقالوا :

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٦٠/٧ . وانظر ماسبق عنهم فى الصورة الأولى فى المبحث السابق .
ش : مغنى المحتاج ٢٩١/٢ ، المهذب ٣٧٧/١ .
ل : المغنى ٢٥٦/٥،٢٦٠ ، شرح منتهى الارادات ٤٠٥/٢ .

الغاصب لاغلّة له والغلة عندهم هي الزّيادة ولو كانت أجرة للمنافع المستعملة ، وأمّا ذو الشّبهة فله الغلّة من يوم وضع يده إلى يوم الحكم بالاستحقاق وليس عليه ردّ ما استغلّ منها ولاكراء في سكناها وهذا معنى قول الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم في الحديث الّذي أخرجه أصحاب السّنن بسندهم إلى عائشة رضي اللّه عنها قالت : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (اَلْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ)(١) .

واستثنى المالكيّة من ذي الشّبهة مايأتي :

- وارث الغاصب فإنّ له حكم الغاصب علم أنّ مورثه غاصب أو لم يعلم .

- والموهوب له من الغاصب إن عدم الغاصب ، فإن وجد

---

(١) انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢٠٢/٢ التاج والاكليل ٢٩٧/٥ ،بداية المجتهد ٣٢٥/٢ .
والحديث قال عنه ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٦٧ : (رواه الخمسة وضعفه البخاري وأبو داود ، وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان) . وجاء في نيل الأوطار ٣٢٦/٥ : (هذا الحديث أخرجه أبو داود من ثلاث طرق اثنتان رجالهما رجال الصحيح ، والثالثة قال فيها : اسناده ليس بذاك ولعل سبب ذلك أن فيه مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي وقد وثقه يحيى بن معين وتابعه عمر بن على المقدمي وهو متفق على الاحتجاج به) .
انظر : بلوغ المرام ص ١٦٧ ، نيل الأوطار ٣٢٦/٥ .
سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، الاجارة ، فيمن اشترى عبدا فاستعمله فوجد به عيبا ٤١٥/٩ .
جامع الترمذي ، البيوع ، ماجاء فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد فيه عيبا ٥٠٧/٤ .
سنن النسائي ، البيوع ، الخراج بالضمان ٢٥٤/٧ .
سنن ابن ماجة ، التجارات ، الخراج بالضمان ٧٥٤/٢ .
الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، البيوع ، باب خيار العيب ٢١١/٧ .
المستدرك مع التلخيص ، البيوع ، الخراج بالضمان ١٥/٢ .
ومعنى الخراج : مايحصل من غلة العين المبتاعة فهو مستحق بسبب الضمان .
انظر : النهاية في غريب الحديث ١٩/٢ .

الغاصب موسرا مقدورا عليه فللموهوب له الغلّة والرّجوع حينئذ على الغاصب .

- ومن أحيا أرضا ظنّها مواتا فتبيّن أنّها مملوكة فلاغلّة له بل لمستحقّها .

- ووارث طرأ عليه دائن للتّركة أو وارث آخر فلاغلّة للوارث المطروّ عليه بل يأخذ منه ربّ الدّين الموروث وغلته ، ويقاسمه الوارث الطّارىء فيما ترك الميّت وفيما استغله (١) .

النّوع الثّاني : الزّيادة المتصلة .

إن زادت العين المستحقّة زيادة متصلة فلاتخلو :

إمّا أن تكون متولّدة من العين كَسِمَنِ الحيوان المستحَقّ وكِبَرِه .

وهذه الزّيادة تتبع العين المستحقّة وتكون للمالك ولاشيء عليه للمستحَقّ منه لأنّها نماء ملكه .

وإمّا أن تكون الزّيادة المتصلة غير متولّدة ، ولها حالان :

الأولى : أن تكون عين مال متقوّم تابع للعين المستحقّة كأن تكون تلك العين ثوبا قد صبغه المستحَقّ منه ولم تنقص قيمته فهنا يثبت الخيار للمستحِق لأنه صاحب الأصل وإثبات الخيار له أولى :

- فإن شاء أخذ العين المستحَقّة وأعطى المستحَق منه قيمة الزّيادة لأنّ العين ملكه لبقاء اسمها ومعناها ولكنّه يضمن مازاد فيها لأنّه عين مال متقوّم لاسبيل إلى إبطال ملك

(١) انظر : الشرح الصغير ٣/٦١٨-٦٢١ ، مواهب الجليل ٥/٢٩٩

صاحبه فيه من غير ضمانه فكان في الأخذ بالضّمان رعاية للجانبين .

– وإن شاء ترك العين للمستحقّ منه وضمّنه قيمتها بدون تلك الزّيادة لأنّ الزّيادة من عمله .

– وهناك خيار ثالث وهو أن تترك العين على حالها ويكونان شريكين فيها فتباع ويقسم الثّمن على قدر حقّهما .

وبهذه الخيارات الثّلاثة قال الحنفيّة .

وبالأوّلين منها قال المالكيّة .

وبالخيار الأخير قال الشّافعيّة والحنابلة .

إلاّ انّ الشّافعيّة قيّدوه بما إذا زادت قيمة العين ولم يمكن فصل الزّيادة الّتي حدثت بها ، أمّا إذا أمكن فصلها فيجبر المستحقّ منه إن كان غاصبا على فصلها في الأصحّ عندهم قياسا على البناء والغراس – وسيأتي – ولاشيء له إن لم تزد قيمة العين (١) .

والحال الثّانية : أن تكون الزّيادة المتصلة عين مال متقوّم غير تابع للعين المستحقّة بل هي أصل بنفسها .

– فإن كان ذلك على وجه لايتميز فيه المالان ولايمكن فصلهما كاختلاط البرّ بالبرّ ، والزّيت بالزّيت ، والعسل بالسّمن : فالمستحقّ والمستحقّ منه شريكان في ذلك بقدر حقّهما فيباع الجميع ويدفع إلى كل واحد قدر حقّه .

– وإن تميّز المالان وأمكن فصلهما ولكن بحرج ومشقة

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٦٠/٧-١٦١ ، رد المحتار ١٢٥/٥ ، المبسوط ٨٤/١١ .
م : منح الجليل ٥٣٨/٣ ، مواهب الجليل ٢٨٧/٥ .
ش : مغني المحتاج ٢٩١/٢، ٢٩٢ ، شرح منهج الطلاب ١٢٨/٣، ١٢٩ .
ل : كشاف القناع ٩٥/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤١١/٢ .

كاختلاط البرّ بالشّعير .

فالأصحّ عند الشّافعيّة والظّاهر عند الحنابلة أنّه يلزم المعتدي بالغصب التّمييز لأنّ ذلك تمّ بسبب تعديه فكان أولى بغرمه من مالكه لكون الشّارع لم ينظر إلى مصلحة المتعدى .

وقال الحنفيّة : يضمن المعتدي ماله المستحق ويملكه المعتدى في كلّ ماسبق سواء أمكن التّمييز بين المالين بحرج ومشقّة أم لم يمكن ذلك :

أمّا الضّمان : فللتعدي ، وأمّا الملك فلئلا يجتمع البدلان في ملك المستحِق .(١)

- وإن تميّز المالان ولم يمكن فصلهما إلاّ بضرر المستحَقّ منه كأن بنى في الأرض المستحقّة أو غرس فيها : فإنّه يؤمر بالقلع إذا طلبه المالك .(٢)

والدّليل على ذلك :

ماأخرجه أبو داود والتّرمذى بسندهما إلى عروة بن الزّبير عن سعيد بن زيد(٣) عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال :

---

(١) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ١٢١/٥-١٢٢ .
ش : مغنى المحتاج ٢٩١/٢، ٢٩٢ ، المهذب ٣٧٨/١ .
ل : كشاف القناع ٩٤/٤ ، المغنى ٢٨٧/٥ ، شرح منتهى الارادات ٤١٠/٢ .

(٢) انظر : ف : الهداية مع نتائج الأفكار ٣٤٣/٩ ، البدائع ١٤٩/٧ ، رد المحتار ١٢٤/٥ .
م : منح الجليل ٥٣٨/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٢٩١/٢ ، المهذب ٣٧٩/١ .
ل : المغنى ٢٤٢/٥ ، شرح المنتهى ٤٠٢/٢ .

(٣) هو سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل العدوى صحابى مشهور واحد العشرة المبشرين بالجنة ، وممن روى عنه عروة بن الزبير ، توفى سنة ٥٠هـ أو ٥١هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٣٠/٤ ، ١٦٣/٧ .

(لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ)(١) .

وفي رواية لأبي داود والدّارقطني من حديث عروة بن الزّبير قال : وَلَقَدْ أَخْبَرَنِي ٱلّذِي حَدَّثَنِي هَذَا ٱلْحَدِيثَ : أَنَّ رَجُلَيْنِ ٱخْتَصَمَا إِلَى ٱلنَّبِيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلاً فِي أَرْضِ ٱلآخَرِ فَقَضَى لِصَاحِبِ ٱلأَرْضِ بِأَرْضِهِ ، وَأَمَرَ صَاحِبَ ٱلنَّخْلِ أَنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْهَا فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا وَإِنَّهَا لَتُضْرَبُ أُصُولُهَا بِالْفُؤُوسِ وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُمٌّ حَتَّى أُخْرِجَتْ مِنْهَا(٢) .

ولو أراد المالك تملّك البناء والغراس بقيمته مستحَق القلع : فله ذلك إن رضي المستحقّ منه .

وهذا مذهب الشّافعيّة والحنابلة .

لأنّ البناء والغراس ملك المستحقّ منه فلايجبر على أخذ

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه وسكت عليه ، والترمذي وقال : (حسن غريب) ، والبخاري في صحيحه معلقا عن عمرو بن عوف عن النبي صلى الله عليه وسلم ومالك في موطئه عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا .
انظر : سنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب الخراج ، باب احياء الموات ٤٥٤/٣ .
جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، في الأحكام ، ماذكر في احياء أرض الموات ٦٣١/٤ .
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الحرث والمزارعة ، من أحيا أرضا مواتا ١٨/٥ .
موطأ مالك ، كتاب الأقضية ، القضاء في عمارة الموات ص ٥٢٨ .
وجاء في النهاية لغريب الحديث : (الرواية لعرق بالتنوين وهو على حذف المضاف أي لذي عرق ظالم فجعل العرق نفسه ظالما والحق لصاحبه ، أو يكون الظالم من صفة صاحب العرق ، وروي (عرق) بالاضافة فيكون الظالم صاحب العرق والحق للعرق وهو أحد عروق الشجرة) .
النهاية ٢١٩/٣ .
وانظر : نيل الأوطار ٦٦/٦ ، فتح الباري ١٩/٥ ، الأموال لأبي عبيد ص ٣٦٣ .

(٢) انظر : سنن أبي داود مع معالم السنن ٤٥٥/٣ ، سنن الدارقطني ، البيوع ٣٦/٣ . وقد سبق ايراد هذه الرواية بمعناها في الباب التمهيدي ص ٧٧ .

القيمة لأنّها معاوضة فلم يجبر عليها .(١)

ـ ويظهر من كلام الحنفيّة والمالكيّة أنّ المستحقّ منه يجبر على ذلك إذا اختاره المالك ويضمن له قيمته مستحقّ القلع إلاّ أنّ الحنفيّة قيدوه بما إذا كانت الأرض تنقص بالقلع نقصا فاحشا :

لأنّ المستحقّ منه يتضرّر بالمنع من التّصرف فى ملك نفسه بالقلع ، والمالك أيضا يتضرّر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين .(٢)

وللحنفيّة قول آخر فى هذه المسألة وهو : أنّ المستحقّ منه يضمن قيمة الأرض ولايؤمر بالقلع إذا كانت قيمة البناء والغراس اكثر من قيمة الأرض :

وذلك قياسا على مالو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ، أو أدخل البقر رأسه فى قدر ، أو سقط دينار فى محبرة ولم يمكن إخراج ذلك فإنّه يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل ، والجامع بينهم : أنّ الضّرر الأشدّ يزال بالأخف .

وهو قول الكرخى .(٣)

وقد جاء فى ردّ المحتار الرّدّ على القول الأخير :

بأنّ القياس المذكور قياس مع الفارق لأنّ مسألة اللؤلؤة ونحوها أمر اضطرارى صدر بدون قصد معتبر وأمّا مسألة البناء والغراس فهو فعل اختيارى مقصود .(٤)

---

(١) انظر : ش : مغنى المحتاج ٢٩١/٢ .
ل : شرح منتهى الارادات ٤٠٢/٢ ، المغنى ٢٤٣/٥ .
(٢) انظر : فا : رد المحتار ١٢٢/٥ .
م : منح الجليل ٥٣٨/٣ .
(٣) انظر : نفس المرجع السابق للحنفية .
(٤) انظر : رد المحتار ١٢٢/٥ بتصرف .

هذا ويظهر من كلام الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة أنّهم لم يفرّقوا في كلّ ماسبق بين ما إذا كان المستحقّ منه غاصباً أو صاحب شبهة .

أمّا المالكيّة : فقد فرّقوا بينهما فقالوا :

إذا ملك الإنسان الأرض بشبهة ثم بنى فيها أو غرس ثمّ ظهر استحقاقها :

يقال للمالك الّذى استحقّ الأرض : ادفع قيمته قائما منفردا عن الأرض لأنّ ربّه بناه بوجه شبهة .

فإن أبى : قيل للباني : ادفع لمستحقّ الأرض قيمة الأرض براحا .

فإن أبى : فهما شريكان بالقيمة هذا بقيمة أرضه براحا وهذا بقيمة بنائه أو غرسه قائما يوم الحكم لايوم الغرس أو البناء .

واستثنى المالكيّة من ذلك : الأرض المستحقّة بوقف فليس للبانى أو الغارس إلاّ نقضه إذ لايجوز له أن يدفع قيمة الأرض لأنّه يؤدّى إلى بيع الوقف ، ولايوجد أحد معيّن يطالب بدفع قيمة البناء أو الغرس قائما فيتعيّن النقض . (١)

(١) انظر : الشرح الصغير ٦٢٣،٦٢٢/٣ ، مواهب الجليل والتاج والاكليل ٣٠١،٣٠٠/٥ .
ومعنى النقض : أى المنقوض بأن يقال للبانى أو الغارس انقض بناءك أو غرسك وخذه ودع الأرض لمن وقفت عليه .

الفصل الثاني

الآثار المتعلقة بالمال الذي حكم على صاحبه بالتفليس

وفيه

تمهيد ومبحثان

التمهيد: في تعريف التفليس ومشروعيته وشروطه

والمبحث الأول: تزاحم حق المفلس في ماله مع حقوق الغرماء فيه

والمبحث الثاني: قسمة مال المفلس

الفصل الثّاني

الحقّ المتعلّق بالمال الّذي حكم على صاحبه بالتّفليس

إذا أحاطت الدّيون بمال إنسان وطلب تفليسه فإنّ الحاكم أو القاضي يحكم بذلك إذا وجدت شروطه .

ويترتّب على ذلك منع المفلس من التّصرف في ماله لتعلّق حقوق الغرماء بهذا المال ثم قسمة المال بين مستحقّيه .

ويظهر التّزاحم في ذلك بين حقّ المفلس في ماله مع حقوق الغرماء فيه .

كما يكون التّزاحم أيضا بين الغرماء أنفسهم ، ومن منهم يستحقّ المزاحمة والتّقديم .

لذلك عقدت تمهيدا ومبحثين :

تمهيد

تعريف التّفليس ، ومشروعيّته ، وشروطه

تعريف التّفليس :

التّفليس في اللّغة : مصدر فلّس يقال : فلّس القاضي الرّجل تفليسا إذا حكم بإفلاسه ونادى عليه وشهّره بين النّاس بأنّه صار مفلسا .

والمفلس في اللغة : هو الّذي لامال له يقال : أفلس الرّجل صار مفلسا كأنّما صارت نقوده فلوسا ، أو صار بحيث يقال : ليس معه فلس ولهذا لما قال النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم لأصحابه : (أَتَدْرُونَ مَا ٱلْمُفْلِسُ ؟ قَالُوا : ٱلْمُفْلِسُ فِينَا مَنْ لَادِرْهَمَ لَهُ وَلَامَتَاعَ ...) الحديث (١) .

والتّفليس في الاصطلاح :

عرّفه الشّافعيّة بأنّه : جعل الحاكم المديون مفلسا بمنعه من التّصرف في ماله (٢) . وعرّفه الحنابلة بما يقرب من ذلك (٣) :

ويظهر من التّعريف السّابق أنّ التّفليس مرحلتان :

الحكم بالتّفليس ، وتعلّق حقوق الغرماء بمال المفلس

---

(١) انظر : القاموس المحيط مادة (فلس) باب السين ، فصل الفاء ، المصباح المنير ، نفس المادة ، الفاء مع اللام ومايثلثهما .
والحديث صحيح أخرجه مسلم .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظلم ١٨/٨ .

(٢) مغني المحتاج ١٤٦/٢ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٤١٧/٣ .

بعد ذلك .

ولابدّ من مرحلة ثالثة وهي بيع الحاكم مال المفلس وقسمه بين غرمائه .

وقد جعل المالكيّة المراحل ثلاث :

الأولى : ماقبل التّفليس فيما إذا أحاط الدَّين بمال المدين فلايجوز له في هذه الحال إتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لايلزمه ، فلايجوز له هبة ولاصدقة ولاإقرار لمن يتهم عليه وإذا فعل شيئا من ذلك كان للغرماء إبطاله ويجوز تصرّفه إذا كان ذلك التّصرّف ماليّا كالبيع والشّراء بغير محاباة .

والثّانية : قيام الغرماء عليه فيسجنونه أو يقومون عليه فيستتر منهم فلايجدونه فيحولون بينه وبين ماله ويمنعونه من التّبرعات والتّصرّفات الماليّة بالبيع والشّراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة ، ومن التّزوّج . ولهم قسم ماله بالمحاصّة . وتسمّى هذه المرحلة بالتّفليس الأعمّ .

والثّالثة : حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء مالزمه ويترتّب على هذه الحال أيضا منعه من التّبرعات والتّصرّفات الماليّة وقسم ماله بين الغرماء وحلول ماكان مؤجّلا من الدَّين . وتسمّى هذه المرحلة بالتّفليس الأخصّ (١) .

هذا ويعبر الفقهاء عن التّفليس أيضا بالحجر على المدين أو المفلس .

---

(١) انظر : الشرح الكبير ٢٦٤،٢٦٣/٣ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٤٥/٣ .

مشروعيّة التّفليس :

اختلف الفقهاء فى مشروعيّة التّفليس على مذهبين :

الأوّل : أنّه مشروع إذا وجدت شروطه – الآتية – .

ويترتّب عليه : منع المفلس من التّصرّف فى ماله لتعلّق حقوق الغرماء به ، ثمّ قسم ماله بين غرمائه .

وهذا مذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة وأبى يوسف ومحمد من الحنفيّة . إلاّ أنّ الحنابلة قالوا : إن أبى المدين الّذى له مال الوفاء بدينه حبسه الحاكم فإن أصرّ باع الحاكم ماله وقضى دينه .

والمذهب الثّاني : أنّ التّفليس غير مشروع بل يحبس المدين حتّى يدفع لغرمائه جميع ماله سواء أكان هذا المال عروضا أم عقارا .

وهذا هو قول أبي حنيفة رحمه اللّه . (١)

الأدلّـــة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ الجمهور على مشروعيّة التّفليس بأدلّة أهمّها مايأتى :

---

(١) انظر : ف : المبسوط ١٦٤/٢٤ ، تبيين الحقائق ١٩٩/٥ تكملة البحر الرائق ٩٤/٨ ، مجمع الأنهر ٤٤٢/٢ .
م : الشرح الكبير ٢٦٣/٣ ، الشرح الصغير ٣٤٩/٣ البهجة شرح التحفة ٣٣١/٢ .
ش : العزيز ١٩٨/١٠ ، مغنى المحتاج ١٤٦/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٢٢/٣ ، المغنى ٤٥٣/٤ .
ظ : المحلى ١٦٨/٨ .

الأوّل : ما أخرجه الدّارقطني والحاكم والبيهقيّ بسندهم إلى كعب بن مالك (أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَجَرَ عَلَى مُعَاذِ بنِ جَبَلٍ مَالَهُ وَبَاعَهُ فِي دَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ) (١) .

والثّاني : ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه والدّارقطني في العلل بسندهما إلى بلال بن الحارث قال : كَانَ رَجُلٌ يُغَالِي بِالرَّوَاحِلِ ، وَيَسْبِقُ الْحَاجَّ حَتَّى أَفْلَسَ قَالَ : فَخَطَبَ عُمَرُ بنُ الْخَطَّابِ فَقَالَ : أَمَّا بَعْدُ ! فَإِنَّ الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ أَمَانَتِهِ وَدِينِهِ أَنْ يُقَالَ : سَبَقَ الْحَاجَّ ، فَادَّانَ مُعْرِضًا فَأَصْبَحَ قَدْ دِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ شَيْءٌ فَلْيَأْتِنَا حَتَّى نَقْسِمَ مَالَهُ بَيْنَهُمْ (٢) .

---

(١) انظر : ف : المبسوط ١٦٤/٢٤ .
م : بداية المجتهد ٢٨٤/٢ .
ش : مغني المحتاج ١٤٦/٢ .
ل : المغني ٤٨٥/٤ .
ظ : المحلى ١٧٠/٨ .
والحديث قال عنه ابن حجر في تلخيص الحبير : (رواه الدارقطني والحاكم والبيهقي من طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه ، وخالفه عبد الرزاق وعبد الله بن المبارك عن معمر فأرسلاه ، ورواه أبو داود في المراسيل من حديث عبد الرزاق مرسلا مطولا وسمى ابن كعب : عبد الرحمن ، قال عبد الحق : المرسل أصح من المتصل وقال ابن الطلاع في الأحكام هو حديث ثابت وكان ذلك في سنة تسع وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم ...) .
انظر : تلخيص الحبير ٣٧/٣ ، نيل الأوطار ٣٦٦/٥ ، سبل السلام ٥٦/٣ .
سنن الدارقطني ، في الأقضية والأحكام ٢٣١/٤ .
المستدرك ، البيوع ، بعد باب الرهن محلوب ومركوب ٥٨/٢ .
سنن البيهقي ، التفليس ، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ٤٨/٦
مصنف عبد الرزاق ، البيوع ، المفلس والمحجور عليه ٢٦٨/٨ .
المراسيل لأبي داود ، كتاب التجارة ص ١٤١ .

(٢) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة والدارقطني موصولا .
وأخرجه مالك في موطئه ، والبيهقي في سننه بسند منقطع عن ابن دلاف عن أبيه أن رجلا ولم يذكرا بلالا .
انظر : تلخيص الحبير ٤٠/٣ .
مصنف ابن أبي شيبة ، في البيوع والأقضية ٢١٩/٧ . =

فهذا فعل عمر رضى الله عنه ، ولم ينقل أنّه أنكر عليه ذلك أحد من الصحابة فكان اتفاقا على أنّه يباع على المديون ماله (١) .

هذا واستدلّ الحنابلة على أنّ المدين الممتنع من وفاء دينه يحبس أوّلا :

بما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجة بسندهم إلى عمرو بن الشريد (٢) عن أبيه (٣) عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (لَيُّ ٱلْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ (٤)) .

= موطأ مالك ، كتاب الأقضية ، جامع القضاء وكراهيته ص ٥٤٧ .
سنن البيهقى ، كتاب التفليس ، الحجر على المفلس وبيع ماله فى ديونه ٤٩/٦ .
ومعنى الأثر :
أن هذا الرجل كان يشترى الرواحل الجياد ليقال : ان من يحجون معه يصلون الى الحج قبل غيرهم وقد تداين ثمن هذه الرواحل معرضا عن قضاء دينه حتى أحاط الدين بماله .
انظر : المنتقى شرح الموطأ ١٩٧/٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٧٥/٤ .

(١) انظر : ف : المبسوط ١٦٤/٢٤ .
م : المنتقى ١٦٧/٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٧٥/٤ .
ش : العزيز ٢١٧/١٠ .
ل : المغنى ٤٨٥/٤ ، شرح منتهى الارادات ٢٨٣/٢ .
ظ : المحلى ١٧١/٨ .
نيل الأوطار ٣٦٧/٥ .

(٢) هو عمرو بن الشريد الثقفى أبو الوليد الطائفى ثقة .
انظر : تقريب التهذيب ٧٢/٢ .

(٣) هو الشريد بوزن الطويل الثقفى صحابى شهد بيعة الرضوان قيل كان اسمه مالكا .
انظر : تقريب التهذيب ٣٥٠/١ .

(٤) انظر : كشاف القناع ٤١٩/٣ .
والحديث أخرجه أحمد وأبو داود وسكت عليه ، والنسائى وابن ماجة موصولا ، واسناده حسن ذكر ذلك ابن حجر فى الفتح ، وأخرجه البخارى معلقا .
انظر : مسند الامام أحمد ، حديث الشريد بن سويد الثقفى ٣٨٨/٤ . =

قال أحمد : قال وكيع عرضه شكواه وعقوبته حبسه (١) .

وقال سفيان (الثوري) عرضه : يقول مطلتني ، وعقوبته الحبس (٢) .

وقال ابن المبارك : يحلّ عرضه يغلّظ له ، وعقوبته يحبس له (٣) .

= سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب القضاء ، باب في الدين هل يحبس به ٥٦/١٠ .
سنن النسائي ، كتاب البيوع ، مطل الغني ٣١٦/٧ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الصدقات ، الحبس في الدين والملازمة ٨١١/٢ .
صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الاستقراض ، باب لصاحب الحق مقال ٦٢/٥ .
واليك معاني الألفاظ الغريبة في الحديث :
لي : اللي بالفتح المطل يقال لوى يلوى .
والواجد : الغني من الوجد بالضم القدرة .
انظر : فتح الباري ٦٢/٥ .

(١) انظر : مسند الامام أحمد ٣٨٨/٤ .
ووكيع هو : ابن الجراح بن مليح بن عدى الرؤاسي أبو سفيان الكوفي . امام في الحديث ، وكان محدث العراق في عصره . ولد بالكوفة سنة ١٢٩هـ وقيل سنة ١٢٧هـ . وقد أجمع العلماء على جلالته ووفور علمه وحفظه واتقانه وورعه وصلاحه وعبادته وتوثيقه واعتماده . وكان يفتي بقول أبي حنيفة . توفي سنة ١٩٧هـ منصرفا من الحج . له تصانيف منها : السنن وتفسير القرآن .
انظر : تذكرة الحفاظ ٢٨٢/١ ، تهذيب التهذيب ١٠٩/١١ كتاب الوفيات ص ١٥٣ ، طبقات الحنابلة ٣٩١/١ .

(٢) انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الاستقراض ، باب لصاحب الحق مقال ٦٢/٥ .

(٣) انظر : سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب القضاء باب في الدين هل يحبس به ٥٦/١٠ .
وابن المبارك هو : أبو عبد الرحمن عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي بالولاء التميمي ، مولده سنة ١٢٨هـ ، جمع بين الحديث والفقه والعربية وكان من سكان خراسان ومات بهيت على الفرات سنة نيف وثمانين ومائة . له كتاب في الجهاد .
انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٠٧ ، الأعلام ١١٥/٤.

أدلّة المذهب الثّاني :

استدلّ أبو حنيفة رحمه اللّه على عدم جواز الحجر على المدين بأدلّة أهمّها الآتي :

الأوّل : قوله تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّآ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ}(١) .

وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض(٢) .

والثّاني : ماأخرجه الإمام أحمد والدّارقطني بسندهما إلى عمرو بن يثربى(٣) قال : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بمنى فسمعته يقول : (لَايَحِلُّ لِامْرِىءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيءٌ إِلَّا مَاطَابَتْ بِهِ نَفْسُهُ)(٤) .

ونفس المديون لاتطيب ببيع القاضي ماله عليه فلاينبغى له أن يفعله لهذا الظّاهر(٥) .

وعلّل ذلك : بأنّ فى الحجر بالفلس إهدار أهليّة المدين

---

(١) سورة النساء : ٢٩

(٢) انظر : المبسوط ١٦٤/٢٤ ، تبيين الحقائق ١٩٩/٥ .

(٣) هو الضمرى يعد فى أهل الحجاز قاله البخارى ، وقال ابن السكن : له صحبة أسلم عام الفتح .
انظر : الاصابة فى تمييز الصحابة ٢٢/٥ ، التعليق المغنى ٢٥/٣ .

(٤) هذا الحديث أخرجه الدارقطني باسناد جيد كما جاء فى نصب الراية كما أخرجه الامام أحمد في مسنده .
وجاء فى تلخيص الحبير ان الحاكم أخرجه فى المستدرك من حديث عكرمة عن ابن عباس فى حديث طويل وفيه : (لايحل لامرىء من مال أخيه الا ما أعطاه بطيب نفس منه) .
انظر : نصب الراية ١٦٩/٤ ، تلخيص الحبير ٤٥/٣ .
مسند الامام أحمد ، حديث عمرو بن يثربى ١١٣/٥ .
سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ٢٥/٣ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق ١٩٩/٥ ، المبسوط ١٦٤/٢٤ .

وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلايجوز إلحاقه لدفع ضرر خاص ولايحقّ للحاكم التّصرّف فى ماله بالبيع لأنّه لايجوز إلاّ بالتّراضى فيكون باطلا .

ثمّ إنّ البيع غير متعيّن لقضاء الدّين فقد يتمكّن من قضائه بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصّدقة فلايكون للقاضى تعيين هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله وإنّما له أن يحبسه ليبيع ماله فى دينه لأنّ قضاء الدّين واجب على المدين والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وإيصالا للحقّ إلى مستحقّه ولايكون ذلك إكراها على البيع لأنّ المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدّين بأىّ طريق كان (١) .

ويدلّ على ذلك الحديث السّابق (لَيُّ ٱلْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ) (٢) وتفسير العلماء للعقوبة بالحبس .

التّرجيح :

والّذى يظهر لى هو قول الحنابلة لأنّ فيه جمعا بين الأدلّة .

فيحبس المدين الممتنع عن وفاء الدّين حتّى يؤدى ماعليه عملا بحديث (لَيُّ ٱلْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ) (٣) .

فإن أصر حجر عليه وقسم الحاكم ماله بين غرمائه عملا بما استدلّ به الجمهور من الأدلّة .

وتكون هذه الأدلّة مخصّصة لقوله تعالى : {يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

---

(١) انظر نفس المراجع السابقة ، رد المحتار ٩٥/٥ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٢٧١/٩ ، مجمع الأنهر ٤٤٢/٢
(٢) سبق ذلك فى أدلة الحنابلة .
(٣) سبق تخريجه ص ٢٦٣ .

آمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ } (١) .

ولحديث (لَايَحِلُّ لِامْرِىءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْءٌ إِلَّا مَاطَابَتْ بِهِ نَفْسُهُ) (٢) .

وأمّا قول أبى حنيفة أنّ فى الحجر إهدار أهليّة المدين فهو وإن كان كامل الإنسانية فى هذا القول إلّا أنّنا لاننسى أن فى بني الإنسان من يغش ويكذب ولايحب أن يؤدّى للنّاس حقوقهم فمن العدالة أن يحبس فإن ظلّ ممتنعا عن إيفاء الحقوق لأهلها حجر عليه وبيع عليه ماله لأنّه الطّريق الّذى يتوصّل به إلى إعطاء الحقوق لأصحابها . واللّه أعلم .

شروط التّفليس :

للتّفليس شروط اشترطها جمهور الفقهاء حتّى يحجر الحاكم على المدين ويبيع عليه ماله :

الأوّل : طلب الحجر أو التّفليس .

ويكون الطّلب من كلّ الغرماء أو بعضهم لأنّهم أصحاب الحقّ ثمّ لايختصّ أثر الحجر بمن طلب بل يعمّهم .

وخالف ابن حزم رحمه اللّه فيمن لم يطلب بأنّه لايعطى مالم يطلب لأنّه قد وجب إنصاف الحاضر الطّالب فلايحلّ مطله وقد قال الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم للغرماء الحاضرين

---

(١) سورة النساء : ٢٩

(٢) سبق تخريجه ص ٢٦٥ .

(خُذُوا مَاوَجَدْتُم)(١) .

ويجوز في الأصحّ عند الشّافعيّة ان يكون طلب التّفليس او الحجر من المفلس نفسه . لأنّ له فيه غرضا ظاهرا وهو صرف ماله إلى ديونه (٢) .

الثّاني : أن يكون الدّين الّذى على المدين وطلب التّفليس لأجله حالا ، فلايفلس بمؤجّل لأنّه لايلزمه اداؤه قبل الأجل .

- وإذا حجر عليه بالحال فلاتحلّ الدّيون المؤجّلة .

وهو مذهب الحنابلة والظّاهريّة والأظهر عند الشّافعيّة .

لأنّ الأجل حقّ للمفلس فلايسقط بتفليسه كسائر حقوقه .

ولأنّ المقصود من التّأجيل التّخفيف على المدين ليكسب فى مدّة الأجل مايقضى به الدّين .

- وقال المالكيّة : إنّ الدّيون المؤجّلة تحلّ بالتّفليس. قياسا على حلولها بالموت وهو قول للشّافعيّة والحنابلة واستثنى المالكيّة : ما إذا اشترط أصحاب الدّيون

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ١٩٩/٥ .
م : الشرح الكبير ٢٦٤/٣ ، الشرح الصغير ٣٥٠/٣ .
ش : مغنى المحتاج ١٤٧/٢ ، العزيز ٢٠٠/١٠ .
ل : كشاف القناع ٤٢٢/٣ ، الانصاف ٢٨١/٥ .
ظ : المحلى ١٧٤/١ .
والحديث صحيح أخرجه الجماعة الا البخارى بسندهم الى أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب وضع الجوائح ٣٠/٥ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الاجارة ، وضع الجائحة ٣٦٣/٩ .
سنن النسائى ، البيوع ، باب وضع الجوائح ٢٦٥/٧ .
جامع الترمذى ، فى أبواب الزكاة ، باب من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ٣١٩/٣ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ١٤٧/٢ ، العزيز ٣٥١،٣٥٠/٣ .

المؤجّلة عدم الحلول .(١)

والّذى أراه راجحا هو القول بعدم حلول الدّيون المؤجّلة :

لأنّ القول بحلولها مشعر باليأس مع أنّه فى مستقبل الزّمان يستطيع المدين أن يكسب مايقضى به ديونه .

كما أنّ فى مشاركة أصحاب الدّيون المؤجّلة لأصحاب الدّيون الحالّة إضراراً بالأخيرين لأنّ حصتهم فى القسمة ستقلّ ويؤدّى ذلك إلى تأخير حقوقهم إلى ميسرة المفلس وفى هذا حرمان لمن له الحقّ ، وإعطاء لمن لاحق له .

وأمّا قياس التّفليس على الموت : فقياس مع الفارق .

لأنّ ذمّة الميّت خربت وبطلت بخلاف المفلس .

كما أنّ توقّع اكتساب المدين لوفاء دينه بطل فى الموت أيضا دون التفليس .

الشّرط الثّالث : أن يكون ذلك الدّين الحالّ زائدا على مابيد المدين من المال .

فإن كان مساويا فلايحجر عليه إلاّ عند أبى يوسف ومحمّد من الحنفيّة .

وعلّل الجمهور عدم الحجر بأنّه لاحاجة إليه بل يلزمه الحاكم بقضاء الدّيون فإن امتنع باع عليه الحاكم إلاّ أنّ الحنابلة قالوا يحبسه أوّلا فإن ظلّ ممتنعا باع عليه ، كما

---

(١) انظر :
م : الشرح الكبير ٢٦٤/٣ ، الشرح الصغير ٣٥٣/٣ .
ش : الوجيز مع العزيز ١٩٦/١٠، ٢٠٠ ، روضة الطالبين ١٢٨/٤ ، روضة الطالبين ١٢٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٤٦/٢ .
ل : الكافي لابن قدامة ١٨٤/٢ ، كشاف القناع ٤١٧/٣، ٤٣٧ المغنى ٤٥٣/٤، ٤٨٠ .
ظ : المحلى ١٧٤/٨ .

سبق ذلك عنهم .(١)

الشّرط الرّابع : - وقد نصّ عليه المالكيّة - أن يماطل المدين بعد حلول الأجل ولايدفع ماعليه ، فإن دفع للغرماء جميع مابيده ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلّس وإن لم يوف جميع ماعليه .(٢)

---

(١) انظر : ف : تكملة البحر الرائق ٩٤/٨ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٦٤٤/٢-٦٤٦ (المادة : ٩٩٩) .
م : الشرح الكبير ٢٦٤/٣ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٣٤٩/٣،٣٥١ .
ش : مغنى المحتاج ١٤٧/٢ ، شرح منهج الطلاب بشرح البجيرمى ٤٠٤/٢ .
ل : كشاف القناع ٤١٩/٣-٤٢٠ ، المغنى ٤٨٤/٤ .

(٢) انظر : الشرح الصغير ٣٤٧/٣ .

المبحث الأوّل

تزاحم حقّ المفلس في ماله مع حقوق الغرماء فيه

إذا حكم على الإنسان بالتّفليس : تعلّقت حقوق الغرماء بماله (١) الموجود عند تفليسه كتعلّق الدّين بالرّهن لأنّه لو لم يكن كذلك ماكان في الحجر عليه فائدة (٢) .

وتعلّقت أيضا بما يتجدّد له من مال بعد الحجر كالموهوب له والموروث .. وذلك في الأصحّ عند الشّافعيّة ، وهو قول الحنابلة . خلافا للحنفيّة والمالكيّة (٣) .

ولكن هل يبقى للمفلس بعد ذلك حقّ في المال ، وماحكم تصرفاته فيه .

هذا ماسأبيّنه في المطلبين الآتيين :

---

(١) نص الشافعية على أن المراد بالمال هنا : ماله العيني المتمكن من الأداء منه . أما مالايتمكن من الأداء كالمغصوب والغائب فغير معتبر .
وأما المنافع : فان كان متمكنا من تحصيل اجرتها اعتبرت كما قاله بعض المتاخرين من الشافعية والا فلا .
وأما الدين : فان كان حالا على مليء مقر أو عليه بينة اعتبر كما قاله الاسنوي والا فلا .
قال ابن الرفعة : ولو كان مرهونا لم أر فيه نقلا والفقه منع الحجر اذ لافائدة فيه ، ورد بأن فيه فوائد منها : المنع من صحة التصرف باذن المرتهن .
انظر : مغني المحتاج ١٤٧/٢ .

(٢) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٠٠/٥ .
م : منح الجليل ١٢٢/٣ .
ش : مغني المحتاج ١٤٧/٢ ، العزيز ١٩٦/١٠ .
ل : كشاف القناع ٤٢٣/٣ ، الانصاف ٢٨٢/٥ .

(٣) انظر : ف : فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٦٢٥/٣ ، تبيين الحقائق ٢٠٠/٥ .
م : الشرح الكبير ٢٦٨/٣ ، منح الجليل ١٢٢/٣ .
ش : العزيز ٢٠٨/١٠ ، المنهاج بهامش مغني المحتاج ١٤٩/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٢٣/٣ .

المطلب الأوّل : حقّ المفلس فى ماله

اتفق الفقهاء القائلون بالحجر على أنّ للمفلس حقّا فى ماله وهو مقدّم على حقوق الغرماء فيترك له كل مايحتاج إليه ويتمثل ذلك فى عدة أمور :

أحدها : الطّعام والكسوة له ولمن تلزمه مؤنته .

قال المالكيّة : يترك له ذلك إلى وقت يظنّ حصول اليسر له عادة .

وقال الشافعية والحنابلة : يترك له ذلك إلى أن يفرغ الحاكم من القسمة بين غرمائه .

ومقدار الطّعام والكسوة هو : ماتعورف عادة .

وحدّه بعض المالكيّة : بما تقوم به البنية من الطّعام ومايوارى العورة ويقي الحرّ والبرد وتجوز به الصّلاة من الثّياب .

وحدّه الشّافعي فى المختصر والحنابلة : بأدنى ماينفق على مثله .

ويستثنى من ذلك : ما إذا كان المفلس ذا كسب يفي بنفقته وبنفقة من يمون فلاحقّ له عندئذ بالطّعام والكسوة (١)

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٠٠/٥ ، فتاوى قاضيخان ٦٣٤/٣ ، رد المحتار ٩٥/٥ .
م : التاج والاكليل ٤٧/٥ ، الشرح الكبير ٢٧٧/٣ ، الشرح الصغير والصاوى ٣٦٧/٣ .

الثّانى : المسكن .

فيترك للمفلس داره الّتى لاغنى له عن سكناها فلايصرف فى دينه كثيابه وقوته .

- وهذا قول الحنفيّة والحنابلة ، وهو قول للشّافعيّة إلاّ أنّ الشّافعيّة قيّدوه بما إذا كان لائقا لانفيسا .

- وهناك قول آخر وهو أنّه يباع على المفلس مسكنه . وهو الأصحّ عند الشّافعيّة والمفهوم من كلام المالكيّة .

وعلّل الشّافعيّة ذلك : بأنّ المسكن مما يسهل تحصيله بأجرة من بيت المال فإن تعذّر فعلى المسلمين مواساته .(١)

الثّالث : آلة الحرفة .

فيترك للمفلس أيضا آلة حرفته الّتى تشتد حاجته إليها نصّ على ذلك المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة .(٢)

وإن كان المفلس عالما : تترك له كتبه الّتى تشتدّ حاجته إليها أيضا .

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٠٠/٥ ، رد المحتار ٩٥/٥ .
م : المنتقى ٨٥/٥ وفيه (يباع على المفلس سريره وقبته ...) والقبة هى البيت .
ش : شرح منهج الطلاب ٤١٠/٢ ، العزيز ٢٢٢/١٠ ، شرح روض الطالب ١٩٣/٢ .
ل : المغنى ٤٩٢/٤ ، الانصاف ٣٠٣/٥ ، شرح المنتهى ٢٨٥/٢ .

(٢) انظر : م : الشرح الكبير والدسوقى ٢٧٠/٣ ، الشرح الصغير والصاوى ٣٥٨/٣ .
ش : أسنى المطالب ١٩٣/٢ ، مغنى المحتاج ١٥٤/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٣٤/٣ ، الانصاف ٣٠٣/٥ ، شرح المنتهى ٢٨٤/٢ .

وهو قول مالك في الموّازيّة ، والعباديّ (١) وابن الأستاذ (٢) من الشّافعيّة إلاّ أنّ المالكيّة خصوها بالكتب الشرعية (٣) .

وفيه نظر : للحاجة إلى غيرها ككتب النّحو واللّغة والهندسة ..

ولاشكّ أنّ الكتب تدخل تحت ماقاله الحنفيّة والحنابلة من أنّه يترك للمفلس كلّ مايحتاجه لأنّ الكتب أعظم مايحتاج (٤) .

---

(١) العبادى هو : أبو عاصم محمد بن أحمد بن محمد بن محمد ابن عبد الله بن عباد العبادى الهروى الشافعي . شيخ الشافعية في عصره وكان قاضيا ، واماما مدققا صنف كتاب المبسوط ، والهادى ، وأدب القاضى ، وطبقات الفقهاء وغير ذلك عاش ثلاثا وثمانين سنة وتوفى فى سنة ٤٥٨هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٨/١٨٠ .

(٢) ابن الأستاذ : هو أبو الفضل أحمد بن عيسى بن عباد بن عيسى بن موسى الدينورى المعروف بابن الأستاذ . كان مولده سنة ٣٨١هـ ، وهو شيخ صدوق مسند الدينور ، مات فيها سنة ٤٧٨هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٨/٦٠٦ .

(٣) انظر : المنتقى ٥/٨٥ ، أسنى المطالب ٢/١٩٣ ، مغنى المحتاج ٢/١٥٤ .

(٤) انظر : ف : تبيين الحقائق ٥/١٩٩ ، رد المحتار ٥/٩٥ . ل : كشاف القناع ٣/٤٣٤ ، الانصاف ٥/٣٠٣ .

المطلب الثّانى : حكم تصرفات المفلس فى ماله

تصرفات المفلس فى ماله نوعان : إنشاء وإقرار ولكلّ حكم .

النّوع الأوّل : الإنشاء .

فيمنع المفلس من إنشاء أيّ تصرّف فى ماله بعد الحجر عليه سواء أكان بعقد معاوضة كالبيع ، أم تبرع كالهبة ، أم توثق كالرّهن .

وهذا عند الجمهور إلاّ أنّ أبا يوسف ومحمد من الحنفيّة قيداه بكلّ تصرّف يؤدّى إلى إبطال حقّ الغرماء كالتّبرّعات من هبة أو صدقة ونحوها ، وكالبيع بأقلّ من القيمة (١) .

فإن وقع من المفلس ذلك التّصرّف الممنوع منه : فهو غير صحيح فى قول الحنابلة والأظهر عند الشّافعيّة والمفهوم من كلام الحنفيّة :

قياسا على تصرّف السّفيه بجامع أنّ كلاّ منهما محجور عليه فلايصحّ تصرّفه .

ولأنّ مال المفلس كالعين المرهونة فلايصحّ تصرّفه فيها لتعلّق حقوق الغرماء بها .

وللشّافعيّة قول آخر وهو : انّ التّصرّف الصّادر من المفلس

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ٩٥/٥ ، فتاوى قاضيخان ٦٣٥/٣ ، تبيين الحقائق ١٩٩/٥ .
م : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٦٤/٣ ، مواهب الجليل ٣٩/٥ .
ش : مغنى المحتاج ١٤٧/٢ ، العزيز ٢٠٤/١٠ .
ل : المغنى ٤٨٦/٤ ، الانصاف ٢٨٢/٥ .

يكون موقوفا فإن فضل مال عن الدّين لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم نفذ وإلّا لغا .

وقال المالكيّة : إنّه موقوف على نظر الحاكم أو الغرماء ـ على خلاف بينهم فى ذلك ـ .

ووفّق بعضهم بين القولين : بأنّه يوقف على نظر الحاكم عند اختلاف الغرماء فى ردّه وإمضائه ، وعلى نظر الغرماء عند اتفاقهم (١) .

وأمّا إن تصرف المفلس فى ذمّته : بأن أنشأ تصرّفا يترتّب عليه دين فى الذّمّة فاشترى أو اقترض فإنّه يصحّ تصرّفه ويتبع به بعد فكّ الحجر عنه .

لأنّه أهل للتّصرّف والحجر إنّما يتعلّق بماله لابذمته ولايشارك أصحاب هذه الدّيون الغرماء لأنّهم رضوا بذلك إذا علموا أنّه مفلس وعاملوه ، ومن لم يعلم فقد فرّط فى ذلك (٢) .

النّوع الثّانى : الإقرار .

فإن أقرّ المفلس بدين فإنّه يلزمه باتفاق الفقهاء ولكنّهم اختلفوا فى مزاحمة المقَرّ له بقيّة الغرماء على أقوال :

الأوّل : أنّ المقَرّ له لايزاحم الغرماء ، وإنّما يلزم المقِرّ ذلك بعد فكّ الحجر عنه .

ـ قياسا على المحجور عليه بالسّفه فلايصحّ إقراره فيما حجر عليه فيه ، وعلى الرّاهن يقرّ على الرّهن فلايصحّ أيضا .

---

(١) انظر : نفس المراجع السابقة .
(٢) انظر : نفس المراجع السابقة .

- ولأنّه إقرار لو ثبت لأبطل حقّ غير المقِرّ وهم الغرماء فلم يقبل وهو يحتمل التّهمة والمواطأة بين المفلس والمقَرّ له .

وهذا قول الحنفيّة والحنابلة وقول للشّافعيّة وللمالكيّة إلاّ أنّ المالكيّة قيّدوه بما إذا كان دين الغرماء الّذين قاموا على المدين ثابتا بالبيّنة فلايقبل إقراره ولو علم تقدّم معاملته لمن أقرّ له (١) .

والقول الثّاني : أنّ المقَرّ له يزاحم الغرماء ويشاركهم قياسا على ما إذا ثبت الدّين بالبيّنة .

وعلى إقرار المريض في مرض الموت بدين يزاحم المقَرّ له غرماء الصحة .

ولعدم التّهمة الظّاهرة ، ولأنّ ضرر الإقرار في حقّه أكثر منه في حقّ الغرماء .

ولأنّ هناك فرقا بين الإنشاء والإقرار فإنّ المفلس يمنع من الإنشاء لأنّ مقصود الحجر منع التّصرف ، أمّا الإقرار فإخبار والحجر لايسلب العبارة عن المحجور عليه أو المفلس .

وهذا هو الأظهر من أقوال الشّافعيّة ، ومذهب الظّاهريّة والمالكيّة إلاّ أنّ المالكيّة قيّدوه بما إذا كان إقرار المفلس لغير متّهم عليه ، وكان إقراره بالمجلس الّذى فلّس فيه أو قربه عرفا ، وثبت دينه الّذى حكم به أو قامت الغرماء عليه

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٠٠/٥ ، فتاوى قاضيخان ٦٣٥/٣ .
م : حاشية الصاوى ٣٥٥/٣ ، حاشية البناني على خليل بهامش شرح الزرقاني ٢٦٨/٥ .
ش : مغني المحتاج ١٤٨/٢ ، شرح الجلال ٢٨٧/٢ .
ل : المغني ٤٨٦/٤ ، كشاف القناع ٤٢٣/٣، ٤٢٤ .

بإقرار منه لابيّنة .(١)

والقول الثّالث : انّ من اقرّ له المفلس إن علم تقدّم مداينة او خلطة بينه وبين المقرّ حلف المقرّ له وشارك الغرماء الّذين ثبتت ديونهم بالبيّنة .

وهذا قول المالكيّة وهو المنقول عن مالك فى الموّازية .(٢)

هذا إذا اقرّ المفلس بدين .

وأما إذا اقرّ بعين فتجري فيه الأقوال السّابقة أيضا إلاّ المالكيّة فإنّهم قالوا يقبل من المفلس تعيين القراض والوديعة .. إن قامت بينة بأصله ، أو أنّه أقرّ به قبل إقامة الغرماء .

وكذلك إذا كان المفلس صانعا إلاّ أنّ المختار من أقوال المالكيّة قبول قوله فى تعيين مابيده لأربابه كهذه السّلعة لفلان مع يمين المقَرّ له . ولو متّهما عليه بلابيّنة بأصله .

لأنّ الشّأن أنّ مابيد الصّانع أمتعة النّاس وليس العرف الإشهاد عليه عند الدّفع ولايعلم إلاّ من قوله فلايتّهم أن يقرّ به لغير صاحبه .(٣)

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٣٥٥/٣ ، حاشية البنانى ٢٦٨/٥ .
ش : مغنى المحتاج ١٤٨/٢ ، العزيز ٢٠٦/١٠ ، شرح الجلال ٢٨٧/٢ .
ظ : المحلى ١٧٤/٨ .

(٢) انظر : حاشية الدسوقى ٢٦٧/٣ ، حاشية الصاوى ٣٥٥/٣ .

(٣) انظر : م :الشرح الكبير ٢٦٧/٣ ، التاج والاكليل ٤٢/٥.
ش : العزيز ٢٠٦/١٠ ، مغنى المحتاج ١٤٨/٢ ، شرح الجلال ٢٨٧/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٢٤/٣ ، الانصاف ٢٨٢/٥ .

المبحث الثّانى

قسمة مال المفلس

وهذا المبحث يقتضي بيان الغرماء المتزاحمين فى اقتسام مال المفلس ، وترتيب المستحقّين لمال المفلس وكيفيّة قسمته بينهم .

وسيكون ذلك فى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الغرماء الّذين يتزاحمون فى اقتسام مال المفلس

هم الّذين اجتمعت فيهم الشّروط الآتية :

الأوّل : ان تكون ديونهم ثابتة قبل التّفليس .

وامّا اصحاب الدّيون الحادثة بعد التّفليس وقبل قسمة مال المفلس فلايزاحمون بقيّة الغرماء ممن ثبتت ديونهم قبله لانّهم رضوا بذلك إذا علموا بالتّفليس ، ومن لم يعلم فقد فرّط .

ويستثنى من ذلك صورتان :

الأولي : ما إذا لم يكن لأصحاب الدّيون الحادثة اختيار فى الدّين كما إذا جنى المفلس على آخر جناية موجبة للمال فعندئذ يشارك المجنى عليه بقيّة الغرماء . نصّ على ذلك الشّافعيّة والحنابلة .

وكما إذا استهلك المفلس مالاً فإنّ صاحب المال المستهلك يزاحم الغرماء . نصّ على ذلك الحنفيّة .

والثّانية : ما إذا كانوا من اصحاب الدّيون الحادثة

التى لها سبب قديم كما إذا استأجر الإنسان دارا ودفع أجرتها ثمّ انهدمت قبل القسمة فإنّه يدخل فى القسمة . نصّ على ذلك الشّافعيّة (١) .

والثّاني : ان تكون ديونهم ثابتة بالبيّنة ، ويأخذ أصحاب الدّيون المقرّ بها حكمهم فى قول للفقهاء فيزاحمونهم فى مال المفلس كما سبق بيان ذلك فى حكم تصرّفات المفلس (٢) .

والثّالث : ان يكونوا أصحاب ديون حالة باتفاق القائلين بالحجر إلاّ المالكيّة فإنّهم جعلوا أصحاب الدّيون المؤجّلة كالحالّة كما سبق بيان ذلك فى شروط التّفليس (٣) .

والرّابع : أن يكونوا قد طالبوا بالحجر جميعهم أو بعضهم فيعمّهم أثر الحجر جميعا ، وخالف ابن حزم فيمن لم يطالب بأنّه لايعطى مالم يطلب .

وإن كان الشّافعيّة فى الأصحّ عندهم لم يعتبروا الطّلب من الغرماء شرطا لاستحقاقهم لأنّهم جوّزوا الحجر بطلب المفلس نفسه وقد سبق بيان ذلك فى شروط التّفليس أيضا (٤) .

---

(١) انظر : ف : فتاوى قاضيخان ٦٣٦/٣ ، رد المحتار ٩٥/٥ .
ش : المهذب ٣٢٨/١ ، مغني المحتاج ١٥٢/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٢٤/٣ .

(٢) انظر ماسبق ص ٢٧٧ .

(٣) انظر ماسبق ص ٢٦٨ .

(٤) انظر ماسبق ص ٢٦٧ .

المطلب الثّانى : ترتيب المستحقّين لمال المفلس وكيفيّة قسمته بينهم

عندما يأخذ الحاكم بقسم مال المفلس عليه أن يرتّب بين المستحقّين ويكون ذلك على النّحو الآتى :

الأوّل : المفلس نفسه فيقدّم حقّه فيما يحتاج إليه من ماله على بقيّة الغرماء كما سبق بيان ذلك (١) .

والثّاني : من له حقّ تعلّق بعين المال من الغرماء :

كمن له مبيع ونحوه لم يقبض عوضه فإنّه أحقّ به من بقيّة الغرماء عند جمهور الفقهاء .

وكذلك من له رهن لازم فإنّه يختصّ بثمنه .

وسيأتى الحديث عن هاتين الصّورتين فى الفصلين الآتيين بإذن اللّه .

والثّالث : بقيّة الغرماء ممن توافرت فيهم الشّروط السّابقة فينظر الحاكم إلى ماتبقّى من مال المفلس :

فإن كان من جنس دينه قسمه بين الغرماء بنسبة ديونهم وإن كان من جنس آخر : باعه عليه لأنّ البيع هو الوسيلة إلى تقسيم المال .

ويجب البيع على الفور عند الحنابلة ، وتندب المبادرة إليه عند الشّافعيّة وهو المفهوم من كلام المالكيّة وينبغي للحاكم أو القاضي أن ينظر الى المفلس كما ينظر إلى الدّائن فيبيع ماكان أنظر له بأن يقدّم مايخشى فساده على مالايخشى

---

(١) انظر ماسبق فى ص ٢٧٢ .

فساده . وقد أفاض الفقهاء فى ذلك بما يضيق البحث عنه وكان مقصودهم هو الوصول إلى مافيه مصلحة الدّائن والمدين معا (١) .

وبعد أن يبيع القاضى مال المفلس كلّه يقسمه بين الغرماء بنسبة ديونهم (٢) .

هذا وقد يظهر بعد القسمة غرماء آخرون لم يعلموا بها فعندئذ يزاحمون بقيّة الغرماء فيما اقتسموه فى قول جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة إلاّ أنّهم اختلفوا هل يرجع على المقتسمين بالحصّة الّتى تنوبهم لو قاسموهم

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٥/١٩٩-٢٠٠ ، رد المحتار ٩٥/٥ .
م : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٦٩/٣ ، شرح الزرقانى على خليل ٢٧١/٥ .
ش : مغنى المحتاج ١٥١،١٥٠/٢ ، شرح منهج الطلاب ٤٠٩/٢ العزيز ٢١٨/١٠ .
ل : كشاف القناع ٤٣٢/٣ ، الانصاف ٣٠٦،٣٠٥/٥ ، شرح منتهى الارادات ٢٨٣/٢ .

(٢) ولهذه القسمة طريقان :
الأول : نسبة ماله للديون بأن تجمع الديون وينسب ماله لمجموعها ويعطى لكل غريم مثل تلك النسبة من دينه .
والثانى : نسبة الديون لمجموعها بأن تجمع الديون وينسب كل دين الى المجموع فيأخذ كل غريم من مال المفلس بتلك النسبة .
فمؤدى الطريقين واحد كما يتضح فى المثال الآتى :
لو كان لغريم خمسون ، ولآخر مائة ، ولآخر مائة وخمسون فالمجموع ثلثمائة ، وكان مال المفلس مائة وعشرين .
ـ فبالطريق الأول : ننسب مائة وعشرين لثلثمائة فنجدها خمسين فنعطى كل غريم خمسا دينه فيخرج :
للأول : عشرون ، وللثانى : أربعون ، وللثالث : ستون .
ـ وبالطريق الثانى : ننسب الخمسين وهى دين الغريم الأول للثلثمائة مجموع الديون فنجدها سدسا فنعطى صاحبها سدس مال المفلس وهو عشرون .
وننسب المائة للثلثمائة فتكون ثلثا فنعطى صاحبها ثلث المائة والعشرين وهو أربعون .
وننسب المائة والخمسين للثلثمائة فتكون نصفها فنعطى صاحبها نصف المائة والعشرين وهو ستون .
انظر : الشرح الكبير ٢٧١/٣ ، منح الجليل ١٣٣/٣ ، مغنى المحتاج ١٥٢/٢ ، كشاف القناع ٤٣٧/٣ .

ولاتنقض القسمة لأنّ المقصود يحصل بذلك .(١)

وهو قول المالكيّة والحنابلة ووجه للشّافعيّة .

أو تنقض القسمة فيستردّ الحاكم المال ممن أخذ ويستأنف القسمة وهو وجه آخر للشّافعيّة .(٢)

وقال ابن حزم : إنّ من كان من الغرماء غائبا ثمّ ظهر فإنّه لايزاحم الغرماء فيما اقتسموه .

وحجّته في ذلك الحديث السّابق وهو قوله صلّى اللّه عليه وسلم للغرماء : (خُذُوا مَاوَجَدْتُمْ)(٣) .

فإذا أخذوه فقد ملكوه فلايحلّ أخذ شيء ممّا ملكوه .(٤)

ويمكن أن يجاب عليه :

أنّ موضع الشّاهد فيه فيما إذا ظهر غرماء بعد ذلك ولم يزاحموا بقيّة الغرماء ولم يظهر ذلك فلايكون دليلا .

---

(١) ومثال ذلك : لو قسم مال المفلس وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون ، وللآخر عشرة فأخذ الأول عشرة والآخر خمسة ، ثم ظهر غريم له ثلاثون رجع على كل منهما بنصف ما أخذه .
انظر : مغني المحتاج ١٥٢/٢ ، العزيز ٢١٩/١٠ ، كشاف القناع ٤٣٨/٣ .

(٢) انظر : م : الشرح الكبير ٢٧٤/٣ ، منح الجليل ١٣٧/٣ .
ش : العزيز ٢١٩/١٠ ، مغني المحتاج ١٥٢/٢ .
ل : المغني ٤٨٨/٤ ، كشاف القناع ٤٣٨/٣ .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٦٨ .

(٤) انظر : المحلى ١٧٤/٨ .

الفصل الثالث

حق التعلق بالمبيع إذا أفلس المشتري

وفيه مباحث

الأول: تزاحم البائع الذي لم يقبض الثمن ممن فلس مع بقية غرمائه

والثاني: الحالات المختلف في أحقية البائع بمبيعه فيها

والثالث: ما يلحق بالبيع من المعاوضات المالية

الفصل الثّالث

الحقّ المتعلّق بالمبيع إذا فلّس المشتري

إذا حجر على المدين بالفلس فإنّ ماله تتعلّق به حقوق الغرماء كما ظهر ذلك في الفصل السّابق ، ولكن قد يوجد في هذا المال مبيع لم يدفع ثمنه وفي هذه الحال يقال : تزاحمت حقوق الغرماء في هذا المبيع مع حقّ البائع فيه فهل يقدّم البائع عليهم أو يكون أسوة بهم (١) ؟

وإذا قلنا بتقدّمه عليهم فهل يكون ذلك في كلّ حال ؟

وهل يلحق بالمبيع غيره من المعقود عليه في المعاوضات الماليّة ؟

هذا ماسأبيّنه بإذن اللّه في المباحث الآتية :

---

(١) الأسوة ـ بضم الهمزة وكسرها ـ القدوة .
ومعنى ذلك : أنه يقتدى بهم فيكون مثلهم وكواحد منهم يأخذ مثل مايأخذون ويحرم عما يحرمون .
انظر : النظم المستعذب ٣٢٩/١ ، عون المعبود ٤٣٣/٩ ، تحفة الأحوذي ٤٧٦/٤ .

المبحث الأوّل

تزاحم البائع الّذي لم يقبض الثّمن ممّن فلّس مع بقيّة غرمائه

إذا وجد في مال المفلس مبيع لم يدفع ثمنه فهل يقدّم بائعه على بقيّة الغرماء أو يكون أسوة بهم ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأوّل : أنّ البائع أحقّ بماله إذا وجده عند المشتري بعينه لم يتغيّر ولم يكن قد قبض من ثمنه شيئا ولم يتعلّق به حقّ لأحد غير المشتري وكان الثّمن حالاّ .

وهذا هو مذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة (١) .

وهو قول عثمان بن عفان رضي اللّه عنه ، وعطاء ، والأوزاعي ، وإسحاق بن راهويه (٢) .

إلاّ أنّ المالكيّة قيّدوا مذهبهم بما إذا لم يعط الغرماء البائع الثّمن فإن أعطوه فذلك لهم .

ومعنى أحقيّة البائع بالمبيع : أنّه يثبت له الخيار بين فسخ البيع واسترداد المبيع ، وبين إمضائه ويكون أسوة الغرماء يحاصص معهم بالثّمن .

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٣/٣ ، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٣٠/٣ ، البهجة شرح التحفة ٣٣٣/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢١٠ .
ش : المنهاج بشرح مغني المحتاج ١٥٧/٢ ، المهذب ٣٢٩/١ العزيز ٢٣٤/١٠ .
ل : المغني ٤٥٧/٤ ، كشاف القناع ٤٢٣/٣ .
ظ : المحلى ١٧٥/١ .

(٢) انظر : المحلى ١٧٦/٨ .

والقول الثّاني : أنّه لاحقّ للبائع في المبيع ولكنّه غريم من الغرماء .

وهو مذهب الحنفيّة[(١)] وهو مروي عن علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه ، وبه قال النّخعي والحسن البصري والشّعبي وابن شبرمة[(٢)] .

الأدلّة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ الجمهور على ماقالوه بالأدلّة الآتية :

الأوّل : ماأخرجه مسلم والنّسائي بسندهما إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم فِي ٱلرَّجُلِ ٱلَّذِي يُعْدِمُ إِذَا وُجِدَ عِنْدَهُ ٱلْمَتَاعُ وَلَمْ يُفَرِّقْهُ أَنَّهُ لِصَاحِبِهِ ٱلَّذِي

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٢٧٨/٩ ، رد المحتار ٩٦/٥ تبيين الحقائق ٢٠١/٥ ، تكملة البحر الرائق ٩٥/٨ .

(٢) انظر : المغني ٤٥٣/٤ ، المحلى ١٧٦/٨ ، تحفة الأحوذي ٤٧٦/٤ ، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٣١/٣ .
واليك تعريف بالأعلام القائلين بهذا القول :
النخعي : هو أبو عمران ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي من مذحج . من أكابر التابعين صلاحا وصدق رواية وحفظا للحديث . من أهل الكوفة كان اماما مجتهدا له مذهب . وكانت حياته من سنة ٤٦هـ الى ٩٦هـ
انظر : مشايخ بلخ من الحنفية ٨٦٥/٢ ، وفيات الأعيان ٢٥/١ ، الأعلام ٨٠/١ .
الحسن البصري : سبق التعريف به .
الشعبي : سبق التعريف به .
ابن شبرمة هو : عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر ابن ضرار ابو شبرمة الكوفي ، ولد سنة ٩٢هـ . وكان من فقهاء التابعين في الكوفة وقاضيا على السواد لأبي جعفر . وامتاز بالحزم والعفة والعقل وكان شاعرا حسن الخلق جوادا ، توفي سنة ١٤٤هـ .
انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٤٧/٦ ، تهذيب التهذيب ٢٢٠/٥ .

بَاعَـــهُ (١) .

ووجـه الدّلالـة منه : أنّه نصّ فى رجوع البائع فى متاعه بعينه إذا أفلس المبتاع (٢) .

والثّاني : ما أخرجه البخاريّ ومسلم وأصحاب السّنن الأربعة بسندهم إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : سمعت رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم يقول : (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) (٣) .

ووجه الدّلالة منه : أنّ هذا الحديث مع الحديث الأوّل والأحاديث الّتى تليه تدلّ على أنّ للبائع الرّجوع فى عين ماله

---

(١) انظر : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب من أدرك ماباعه عند المشترى وقد أفلس فله الرجوع فيه ٥/٣١ .
سنن النسائى ، البيوع ، الرجل يبتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه ٧/٣١١ .
ومعنى يعدم : من أعدم الرجل اذا افتقر وهو صفة الرجل .
انظر : حاشية السندى على سنن النسائى ٧/٣١٢ .

(٢) انظر : شرح الزرقانى على الموطأ ٣/٣٣١ ، المحلى ٨/١٧٥ ، نيل الأوطار ٥/٣٦٤ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة الى يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى هريرة .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الاستقراض ، باب اذا وجد ماله عند مفلس فى البيع والقرض والوديعة فهو أحق به ٣/٨٦ .
صحيح مسلم ، البيوع ،من أدرك ماباعه عند المشترى وقد أفلس فله الرجوع فيه ٥/٣١ .
سنن أبى داود مع معالم السنن ، البيوع ، الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ٣/٧٨٩ .
جامع الترمذى ، البيوع ، باب اذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه ٤/٤٧٥ .
سنن النسائى ، البيوع ، الرجل يبتاع المبيع فيفلس ٧/٣١١ .
سنن ابن ماجة ، الأحكام ، من وجد متاعه بعينه ٢/٧٩٠ .

إذا أفلس المبتاع متى وجده بعينه ولم يتعلّق به حقّ لأحد (١) .

والثّالث : ما استدلّ به المالكيّة والحنابلة (٢) وهو :

ماأخرجه مالك وأبو داود وابن ماجة بسندهم إلى أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (٣) أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ ٱلَّذِي ٱبْتَاعَهُ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ مَاتَ فَصَاحِبُ ٱلْمَتَاعِ أُسْوَةُ ٱلْغُرَمَاءِ) (٤) .

---

(١) انظر : التاج والاكليل ٥٠/٥ ، مغنى المحتاج ١٥٨/٢ ، شرح منهج الطلاب ٤٢٠/٢ ، كشاف القناع ٤٢٥/٣ ، الكافى لابن قدامة ١٧٤/٢ ، المحلى ١٧٥/٨ .

(٢) انظر : م : شرح الزرقانى على الموطأ ٣٣٠/٣ ، منح الجليل ١٤٨/٣ ، أسهل المدارك ١٣/٣ .
ل : الكافى لابن قدامة ١٧٨/٢ ، كشاف القناع ٤٢٦/٣ .

(٣) هو ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومى المدنى قيل اسمه محمد وقيل : المغيرة ،وقيل أبو بكر اسمه وكنيته أبو عبد الرحمن وقيل اسمه كنيته ثقة فقيه عابد مات سنة ٩٤هـ وقيل غير ذلك .
انظر : تقريب التهذيب ٣٩٨/٢ .

(٤) هذا الحديث أخرجه مالك وأبو داود وابن ماجة مرسلا ، كما أخرجه أبو داود مسندا من طريق اسماعيل بن عياش عن الزبيدى (قال أبو داود : وهو محمد بن الوليد أبو الهذيل الحمصى) عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة رضى الله عنه نحوه وقال : حديث مالك أصح .
وهذا لايعنى عدم صحة المسند بل هو صحيح فقد قال أحمد ويحيى بن معين والبيهقى : حديث اسماعيل بن عياش عن الشاميين صحيح ، فيكون هذا الحديث صحيحا .
انظر : موطأ مالك ، البيوع ، ماجاء فى افلاس الغريم ص ٤٧٢ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، البيوع ، باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ٤٣٣/٩-٤٣٥ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ٧٩٠/٢ .
شرح ابن القيم مع عون المعبود ٤٣٥/٩ ، سبل السلام ٥٣/٣ .
سنن البيهقى ١٤٢/١ فقد ذكر البيهقى ذلك فى كتاب الطهارة ، باب ترك الوضوء من خروج الدم ، وان كان قد روى هذا الحديث وقال انه لايصح فى كتاب التفليس باب المشترى يموت مفلسا ٤٧/٦ ولكن ماذكرته عنه سابقا يرد ذلك .
ولم يستدل الشافعيّة بهذا الحديث لأنّه لم يثبت عندهم .

وفي هذا الحديث قيد جديد وهو عدم قبض البائع شيئا من الثّمن .

والرّابع : ما استدلّ به الشّافعيّة[(١)] وهو ما أخرجه أبو داود وابن ماجة والحاكم بسندهم إلى عمر بن خلدة[(٢)] قال : (أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال : لأقضين فيكم بقضاء رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحقّ به)[(٣)] .

وهذا الحديث والّذى قبله يثبتان للبائع الرّجوع فى عين ماله إذا كان المفلس حيّا وهو محلّ النّزاع .

وأمّا إذا مات فيتعارضان ويأتى الكلام عن ذلك فى المبحث التّالى - المطلب الأوّل .

والخامس : ما أخرجه البخارى بسنده إلى سعيد بن المسيّب أنّه قال : قضى عثمان من اقتضى من حقّه قبل أن يفلس فهو له ومن عرف متاعه بعينه فهو أحقّ به[(٤)] .

فهذا قضاء عثمان ولايعرف له مخالف من الصّحابة[(٥)] .

---

(١) انظر : الأم للشافعى ١٦٧/٣ .
(٢) هو : عمر بن خلدة ، ويقال ابن عبد الرحمن بن خلدة الأنصارى المدنى تابعى ثقة كان قاضى المدينة .
انظر : تقريب التهذيب ٥٤/٢ ، تهذيب التهذيب ٣٨٨/٧ .
(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه ، وابن ماجة ، والحاكم وصححه وأقره الذهبى . وحسنه ابن حجر فى فتح البارى .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، فى البيوع ، باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ٤٣٦/٩ .
سنن ابن ماجة ، فى الأحكام ، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد افلس ٧٩٠/٢ .
المستدرك مع التلخيص ،البيوع ، ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه ٥٠/٢ .
فتح البارى ٦٤/٥ .
(٤) صحيح البخارى ، كتاب الاستقراض ، باب اذا وجد ماله عند مفلس فى البيع ٦٢/٥ .
(٥) انظر : فتح البارى ٦٤/٥ ، نيل الأوطار ٣٦٤/٥ .

هـذا وقد علّل ابن قدامة رحمه اللّه ماقاله المالكيّة : من عدم إثبات الخيار للبائع إذا بذل له الغرماء الثّمن :

بأنّه إنّما يجوز له الرّجوع لدفع مايلحقه من النّقص في الثّمن فإذا بذل له بكماله لم يكن له الرّجوع كما لو زال العيب من المعيب (١) .

ويجاب على ذلك : بأنّه لايلزم البائع ذلك لما فيه من المنّة ، ولأنّه ربما ظهر غريم آخر فزاحمه فيما أخذ (٢) .

أدلّة المذهب الثّاني :

استدلّ الحنفيّة على أنّ البائع أسوة الغرماء بقوله تعالى : {وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ} (٣) .

ووجه الدّلالة منه :

أنّ المفلس مستحقّ النّظرة إلى الميسرة بالآية ، فليس للبائع أن يطالبه قبلها ، ولافسخ بدون المطالبة بالثّمن . لأنّ الدّين صار مؤجّلا إلى الميسرة بتأجيل الشّارع وبالعجز عن الدّين المؤجّل من المتعاقدين لايجب للبائع خيار الفسخ قبل مضي الأجل فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشّارع وهو أقوى من تأجيل المتعاقدين (٤) .

وعلّل الحنفيّة ماقالوه :

بأنّ الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وتسليمها غير

---

(١) انظر : المغني ٤٥٥/٤ .
(٢) انظر : العزيز ٢٣٣/١٠ ، شرح الجلال ٢٩٤/٢ ، المغني لابن قدامة ٤٥٥/٤ ، كشاف القناع ٤٢٥/٣ .
(٣) سورة البقرة : ٢٨٠
(٤) انظر : تبيين الحقائق ٢٠١/٥ ، تكملة البحر الرائق ٩٥/٨ ، المبسوط ١٩٨/١٣ .

مستحَقّ بالعقد فلايثبت حقّ الفسخ باعتباره ، وإنّما المستحَقّ وصف فى الذّمّة وهو الدّين وبقبض العين تتحقّق بينهما مبادلة هذه هى الحقيقة فيجب اعتبارها إلّا فى موضع التّعذر كالسّلم لأنّ الاستبدال ممتنع شرعا فاعطى للعين حكم الدّين .(١)

وبعبارة أوضح : إنّ موجب العقد ملك الثّمن ، فالثّمن يملك بالعقد دينا فى الذّمّة ، وبقاء الدّين ببقاء محلّه والذّمّة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلافرق بين المفلس والملىء .(٢)

مناقشة الأدلّة :

ناقش الحنفيّة ما استدلّ به الجمهور بما يأتى :

أوّلا : أنّ حديث (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ)(٣) ليس بحجّة لأنّ المبيع ليس بعين مال البائع بل هو مال المشترى لأنّه خرج عن ملك البائع وعن ضمانه بالبيع والقبض .

والمقصود بعين المال فى الحديث : الغصوب والعوارى والودائع والإجارة والرهن فمن أدرك ذلك من ماله عند رجل قد افلس فهو أحقّ به من سائر الغرماء والحديث ورد فى ذلك وبه نقول .(٤)

وثانيا : أنّ حديث (أيّما رجل باع متاعا ...) الّذى رواه أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث يعترض عليه من

---

(١) انظر : الهداية بشرح نتائج الأفكار ٢٧٩/٩ ، رد المحتار ٩٦/٥ ، تبيين الحقائق ٢٠١/٥ .
(٢) انظر : العناية بهامش نتائج الأفكار ٢٧٨/٩ .
(٣) سبق فى أدلة الجمهور ص ٢٨٨ .
(٤) انظر : تبيين الحقائق ٢٠١/٥ .

وجهيـــن :

الأوّل : أنّه منقطع فلاتقوم بمثله حجة .

والثّاني : أنّه مضطرب فقد رواه عنه الزّهرى بلفظ (أَيُّمَا رَجُلٍ ٱبْتَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ ٱلَّذِي ٱبْتَاعَهُ ، وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، فَإِنْ مَاتَ ٱلْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ ٱلْمَتَاعِ أُسْوَةُ ٱلْغُرَمَاءِ) (١) ، ورواه عنه عمر بن عبد العزيز بلفظ : (أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ رَجُلٌ مالَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) (٢) .

فيكون الحديث الّذى رواه عمر بن عبد العزيز مستعملا من حيث تأوّله ، ويكون حديث الزّهرى منقطعا شاذّا لايقوم بمثله حجّة فيجب ترك استعماله (٣) .

هذا وقد تأوّل بعض الحنفيّة حديث الزّهرى الّذى استدلّ به الجمهور بأنّ المشترى كان قد قبض المبيع بشرط الخيار للبائع (٤) .

وقال بعضهم : للبائع حقّ الرّجوع إذا لم يقبض المشترى المبيع (٥) .

وثالثاً : يمكن أن يردّ ماروى عن عثمان رضى اللّه عنه بأنّه قد جاء مايعارضه عن علي رضي اللّه عنه ، فقد أخرج

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٨٩ .
(٢) سبق تخريجه فى أدلة الجمهور ص ٢٨٨ .
(٣) انظر : شرح معانى الآثار للطحاوى ١٦٥/٤، ١٦٦ ، تبيين الحقائق ٢٠١/٥ .
(٤) انظر : العناية على الهداية ٢٧٩/٩ ، المبسوط ١٩٨/١٣.
(٥) انظر : تبيين الحقائق ٢٠١/٥ ، المبسوط ١٩٨/١٣ .

عبد الرّزاق بسنده إلى قتادة(١) عن خِلَاسِ بن عَمْرو(٢) عن على أنه قال : (هُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ إِذَا وَجَدَهَا بِعَيْنِهَا)(٣) .

ويردّ على الحنفيّة :

أوّلا : انّ ماقالوه فى تاويل قوله صلّى اللّه عليه وسلّم (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ ...) غير مستقيم لأمرين :

الأوّل : انّه يعطّل فائدة الخبر إذ كان ذلك امراً معلوماً من طريق العلم العام من جهة الإجماع ، والخبر الخاصّ إنّما يرد لبيان حكم خاص وابو هريرة راوي الحديث قد تأوّله على البيع الصّحيح لما جاءه خصمان فقال : هذا الّذى قضى فيه رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلّم بذلك(٤) .

والثّاني : انّ فى الحديث قيودا تفيد غير ماذكروه من الودائع وغيرها .

فقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ) يبيّن انّ لصاحب المال الرّجوع فى ماله والمودِع ونحوه أحقّ بعينه سواء أكانت على صفتها أم تغيّرت عنها فلم يجز حمل

---

(١) هو قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز السدوسى البصرى ابو الخطاب ، ولد اكمه . من التابعين وممن روى عنهم خلاس الهجرى ، وكان من علماء الناس بالقرآن والفقه ومن حفاظ أهل زمانه . توفى سنة ١١٧هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٣١٥/٨ .

(٢) هو خلاس بن عمرو الهجرى البصرى روى عن على وعمار بن ياسر وعائشة وغيرهم . وعنه قتادة وعوف الأعرابى . وثقه كثير من العلماء الا أن فى أحاديثه عن على كلاماً . مات قبيل المائة .
انظر : تهذيب التهذيب ١٥٢/٣ .

(٣) انظر : تحفة الأحوذى ٤٧٦/٤ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٣٣١/٣ ، فتح البارى ٦٤/٥ .
والاثر أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ، فى البيوع ، باب الرجل يفلس فيجد سلعته بينها ٢٦٦/٨ .

(٤) انظر : معالم السنن للخطابى ٣٨٩/٣ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٣٣١/٣ .
والحديث سبق تخريجه ص ٢٩٠ .

الحديث عليه ووجب حمله على البائع لأنّه إنّما يرجع بعين ماله إذا كان المبيع على صفته لم يتغيّر فى قول الجمهور خلافاً للشّافعيّة ويأتى الكلام فى ذلك فى المبحث التّالى ـ المطلب الثّالث .

وقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ) يدلّ على أنّ المال المدرك بعينه غير وديعة ونحوها لأنّ مالك الوديعة ونحوها يستحقّها سواء افلس من هي عنده أم لا .

وقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) بصيغة افعل التى تقتضى الاشتراك .(١)

وثانيا : أنّ ماذكروه من انقطاع واضطراب حديث (أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً ...) مردود :

لأنّ الانقطاع لايمنع من الاحتجاج بالحديث فالمرسل حجّة فى قول جمهور الفقهاء .

وأمّا ماذكروه من الاضطراب بين الرّوايتين : فيمكن الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيّد على أنّ الرّواية المقيّدة الّتى نصّت على البيع تؤيّدها روايات اخرى منها :

ـ ماأخرجه مسلم بسنده إلى أبى هريرة رَضي اللّه عنه عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم فى الرَّجُلِ الَّذِي يُعْدِمُ إِذَا وُجِدَ عِنْدَهُ الْمَتَاعُ وَلَمْ يُفَرِّقْهُ أَنَّهُ لِصَاحِبِهِ الَّذِى بَاعَهُ .(٢)

ـ وماأخرجه ابن حبّان بسنده إلى أبى هريرة عن النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (إِذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ سِلْعَةً ثُمَّ أَفْلَسَ

---

(١) انظر : شرح الزرقانى على الموطأ ٣٣١/٣ ، تحفة الأحوذى ٤٧٦/٤ ، فتح البارى ٦٤/٥ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٨٧ .

وَهِيَ عِنْدَهُ بِعَيْنِهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ ٱلْغُرَمَاءِ)(١) .

– وما أخرجه ابن حبّان أيضا – من طريق آخر – بلفظ (إِذَا أَفْلَسَ ٱلرَّجُلُ فَوَجَدَ ٱلْبَائِعُ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا دُونَ ٱلْغُرَمَاءِ)(٢) .

– وما أخرجه عبد الرّزاق عن ابن أبى مليكة(٣) قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ بَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ لَمْ يَنْقُدْهُ ثُمَّ أَفْلَسَ ٱلرَّجُلُ فَوَجَدَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا فَلْيَأْخُذْهَا دُونَ ٱلْغُرَمَاءِ)(٤) .

وأمّا تأويل الحنفيّة للحديث بأنّه فى حال البيع بشرط الخيار : فبعيد لعموم الأحاديث .

وأمّا قولهم إنّه يحقّ للبائع الرّجوع إذا لم يقبض المشترى المبيع: فيردّه ماجاء فى كثير من روايات الحديث بلفظ (عند) وهى تفيد الحضرة فى أصل الوضع(٥) . والمعنى أن

---

(١) أخرجه ابن حبان فى صحيحه بسنده الى يحيى بن سعيد عن أبى عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث عن أبى هريرة مرفوعا .
انظر : الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، باب التفليس ، ذكر الخبر المدحض قول من زعم أن هذا الخبر ورد فى الودائع دون البيعات ٢٤٧/٧ .

(٢) أخرجه ابن حبان أيضا الى هشام بن يحيى عن أبى هريرة
انظر : نفس المرجع السابق ، ذكر خبر ثان يصرح بأن خطاب الخبر ورد للبائع سلعته دون المودع اياها ٢٤٧/٧،٢٤٨ .

(٣) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبى مليكة التيمى من فقهاء التابعين بمكة وكان اماما حجة متفقا على ثقته وقد ولى القضاء زمن ابن الزبير . توفى سنة ١١٧هـ أو ١١٩هـ .
انظر : طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٥٨ ، تذكرة الحفاظ ١٠٢/١ ، سير أعلام النبلاء ٨٨/٥ .

(٤) انظر : مصنف عبد الرزاق ، البيوع ، الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها ٢٦٦/٨ .

(٥) انظر : أصول السرخسى ٢٢٦/١ ، تيسير التحرير ١٢٧/٢ .

المبيع حاضر عند المشترى .

ومن ذلك :

- رواية مسلم (فِي ٱلرَّجُلِ ٱلَّذِي يُعْدِمُ إِذَا وُجِدَ عِنْدَهُ ٱلْمَتَاعُ ...) (١) .

- ورواية ابن حبّان (ثُمّ فُلِسَ وَهِيَ عِنْدَهُ ...) (٢) .

وثالثاً : انّ ماروي عن علي بن ابي طالب رضي اللّه عنه كان من طريق خلاس وأحاديث خلاس عن علي ضعيفة ليس في شيء منها إذا انفرد حجة (٣) .

فهذا كلّه يثبت ماذهب إليه الجمهور وهو أنّ البائع أحقّ بسلعته دون سائر الغرماء . ولذا قال ابن حزم بعد أن ذكر بعضا من الأحاديث الّتى تدلّ على ذلك : (هو نقل تواتر لايسع أحدا خلافه) (٤) .

وإن لم يكن متواترا فهو مشهور .

وأمّا أدلّة الحنفيّة الّتي استدلّوا بها فيرد عليها مايأتي :

أولا : أنّ استدلالهم بقوله تعالى : {وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ} (٥) غير سليم .

لأنّ الانتظار فيما إذا لم يوجد عند المفلس مال أصلا ولاكلام فيه ، وإنّما الكلام فيما إذا وجد عند المفلس ولابد أنّ الدّائنين يأخذون ذلك المال الموجود عنده والأحاديث الّتى استدلّ بها الجمهور تبيّن أنّ الّذى يأخذ المبيع هو صاحبه

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٨٧ .
(٢) سبق تخريجه ص ٢٩٥، ٢٩٦ .
(٣) انظر : شرح الزرقاني على الموطأ ٣٣١/٣ ، تحفة الأحوذي ٤٧٦/٤ ، فتح الباري ٦٤/٥ ، تهذيب التهذيب ١٥٢/٣ .
(٤) المحلى ١٧٥/٨ .
(٥) سورة البقرة : ٢٨٠

الّذى لم يقبض ثمنه ولايجعل مقسوما بين الدّائنين وهذا لايخالف القرآن ولايقتضى القرآن خلافه (١) .

وثانيا : أنّ ماذكروه من أنّ موجب عقد البيع هو ملك الثّمن فلايحقّ للبائع الفسخ لأنّ المبيع صار ملكا للمشترى فعلى تسليم ذلك فما ورد من الأحاديث أخصّ مطلقا فيبنى العامّ على الخاصّ (٢). والذي ترجّح لي في هذه المسألة بعدعرض الأقوال ومناقشتها هوقول الجمهور

ويسعفنى فى هذا المقام قول الخطّابى رحمه اللّه : (الحديث إذا صحّ وثبت عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم فليس إلاّ التّسليم له وكلّ حديث أصل برأسه ومعتبر بحكمه فى نفسه فلايجوز أن يعترض عليه بسائر الأصول المخالفة ... ثمّ إنّه قد جاء نقض ملك المالك فى غير موضع من الأصول) (٣) .

وقد ذكر الخطّابى عدّة مواضع منها :

- مشترى الشّقص (٤) فإنّه يملكه بالعقد ، ثم ينقض حقّ الشّفيع هذا الملك فيسترجعه .

- المرأة تملك الصّداق بنفس العقد بدليل أنّه لو كان عبدا فأعتقته أو باعته كان العتق نافذا والبيع جائزا ثمّ إنّه إذا طلّقها الزّوج قبل الدّخول انتقض الملك عليها فى نصفه .

- من آجر داره سنة بأجرة معلومة فانهدمت الدّار فإنّه يردّ للمستأجر الأجرة .

وكذلك الحكم فى المفلس (٥) .

---

(١) انظر : حاشية السندى على سنن النسائى ٣١٢/٧ .
(٢) انظر : نيل الأوطار ٣٦٤/٥ .
(٣) انظر : معالم السنن ٧٩٠/٣ باختصار .
(٤) الشقص هو الطائفة من الشئ .
انظر : المصباح المنير مادة (شقص) .
(٥) انظر : معالم السنن ٧٩٠/٣ .

المبحث الثّاني

الحالات المختلف في أحقيّة البائع بمبيعه فيها

ظهر لنا في المبحث السّابق أنّ البائع أحقّ بمبيعه إذا فلّس المشتري ، والبائع لم يقبض شيئا من الثّمن ، وكان المبيع بعينه لم يتغير وكان خالياً من أيّ حقّ يتعلّق به لغير المشتري ، وكان الثّمن حالاّ غير مؤجّل .

ولكن بعد اتفاق جمهور الفقهاء على ذلك اختلفوا في أحقيّة البائع بمبيعه إذا اختلّت تلك القيود .

وسأبيّن ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأوّل : ما إذا مات المشترى

إذا مات المشترى وهو مفلس والمبيع موجود عنده بعينه لم يتعلّق به حقّ لأحد فهل للبائع الحقّ فى فسخ البيع واسترجاع المبيع بمعنى أنّه مقدّم على بقيّة الغرماء فى هذا المال أو يكون أسوة بهم ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

الأوّل : أنّ البائع أسوة الغرماء .

وهو مذهب المالكيّة والحنابلة (١) .

والثّاني : أنّ البائع أحقّ بمبيعه .

وهو مذهب الشّافعيّة والظّاهريّة (٢) .

الأدلّـــة

أدلّة المذهب الأوّل :

استدلّ القائلون بأنّ البائع أسوة الغرماء بالأدلّة الآتية :

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٣/٣ ، مواهب الجليل والتاج والاكليل ٥٠/٥ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٣٣٠/٣ .
ل : المغنى ٥٠٢/٤ ، الكافى ١٧٩/٢ ، كشاف القناع ٤٢٦/٣ .
تنبيه : استثنى المالكية فى بعض كتبهم صورتين :
الأولى : ما اذا مات المشترى وقد وقف السلطان السلعة للبائع فانها تكون له .
الثانية : ما اذا تعلق البائع بالسلعة وأراد أخذها فى حياة المشترى وأبى ذلك الغرماء فإنه يكون أحق بها بعد موت المشترى .
انظر : المنتقى ٩١/٥ ، مواهب الجليل ٥٠/٥ .

(٢) انظر : ش : حاشية البجيرمى ٤١٩/٢ ، مختصر المزنى ٢١٩/٢ .
ظ : المحلى ١٧٥/٨ .

الأوّل : الحديث الّذى تقدّم فى المبحث الأوّل وهو :

(أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ ٱلَّذِي ٱبْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ،وَإِنْ مَاتَ فَصَاحِبُ ٱلْمَتَاعِ أُسْوَةُ ٱلْغُرَمَاءِ)(١) .

وموضع الدّلالة منه هو قوله صلّى اللّه عليه وسلّم (وَإِنْ مَاتَ فَصَاحِبُ ٱلْمَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةُ ٱلْغُرَمَاءِ)(٢) .

والثّاني : القياس .

فقد قاسوا المبيع على المرهون فى أنّ كلاّ منهما تعلّق به حقّ غير المفلس والغرماء وهم الورثة فى حال المبيع ، والمرتهن فى حال الرّهن(٣) .

كما قاسوا حال موت المشترى وصيرورة المبيع ملكا للورثة على حال بيع المشترى المبيع وصيرورته ملكا للمشترى الآخر فى أنّ كلاّ من الحالين انتقل الملك فيه عن المفلس إما بالإرث وإمّا بالبيع(٤) .

أدلّة المذهب الثّانى :

استدلّ الشّافعيّة والظّاهريّة على أنّ البائع أحقّ بالمبيع فى هذه الحال :

بالحديث الّذى تقدّم فى المبحث الأوّل وهو :

(مَنْ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ رَجُلٌ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ)(٥) .

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٨٩ .
(٢) انظر : المنتقى ٩١/٥ ، منح الجليل ١٤٨/٣ ، المغنى لابن قدامة ٥٠٢/٤ ، كشاف القناع ٤٢٦/٣ .
(٣) انظر : المغنى ٥٠٢/٤ .
(٤) انظر : كشاف القناع ٤٢٦/٣ .
(٥) سبق تخريجه ص ٢٩٠ .

قال الشّافعيّ رحمه اللّه : (يتبيّن من هذا الحديث ومن قول النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم "مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ" (١) أنّ ذلك في الموت والحياة سواء فقد جعل لصاحب السلعة إذا كانت سلعته قائمة بعينها نقض البيع الأوّل إن شاء) (٢) .

مناقشة الأدلّة :

ناقش الشّافعيّ رحمه اللّه تعالى ما استدلّ به المالكيّة والحنابلة بما يأتي :

أوّلاً : أنّ الحديث الّذي استدلّوا به مرسل ، وما استدلّ به مسند والمسند أقوى .

كما أنّ فيه زيادة لم يروها الثّقاة فإن أبا بكر بن عبد الرحمن روى الحديث عن أبي هريرة وليس فيه هذه الزّيادة ولعله روى أوّل الحديث وقال برأيه آخره (٣) .

وثانياً : أنّ هذه المسألة نظير مسألة الشّفعة وفي مسألة الشّفعة يحكم بها على الحي وعلى ورثته إن مات من غير تفريق بين حال الحياة والموت فلم فرقتم في هذه المسألة بين الحالين (٤) .

---

(١) سبق تخريجه ص ٢٨٨ .
(٢) الأم ١٧٧/٣ ، وانظر : المحلى ١٧٦/٨ .
(٣) انظر : الأم ١٩١/٣ ويشير بقوله الى الحديث الذى رواه ابو بكر بن عبد الرحمن عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أيما رجل أفلس فأدرك الرجل متاعه بعينه فهو أحق به من غيره) . وقد سبق تخريجه ص ٢٨٩ .
(٤) انظر : مختصر المزنى ٢١٩/٢ ، الأم ١٩١/٣ .

ويجاب عن ماقاله الشّافعي :

أولا : أنّ الحديث الّذى استدلّ به وقال إنّه مسند : ضعيف بشهادة أبى داود راوى الحديث فقد قال عن أحد رجال سنده : من ياخذ بهذا أبو المعتمر من هو ؟ أى لانعرفه (١) .

وأيّده ابن حجر فى التّقريب فقال : أبو المعتمر مجهول الحال (٢) .

وأمّا الحديث الّذى استدلّ به المالكيّة والحنابلة فهو وإن كان مرسلا فقد روي مسندا من طريق أخرى (٣) .

وثانياً : أنّ مسألة الشّفعة فيها قياس مع الفارق .

لأنّ الشّفيع عندما يأخذ الشّفعة من الورثة لايتسبب فى ضرر أحد لأنّه يعطيهم الثّمن كاملا .

وأمّا فى هذه المسألة فإنّ البائع إذا أخذ المال تسبّب فى ضرر بقيّة الغرماء لخراب ذمّة الميّت وذهابها والضّرر يزال شرعا .

فالرّاجح إذاً هو : ماذهب إليه المالكيّة والحنابلة وهو أنّ البائع أسوة الغرماء .

وقد عرفنا فى المبحث الأول أنّ الحنفيّة يقولون إنّه أسوة الغرماء فى كلّ حال .

---

(١) انظر : عون المعبود شرح سنن أبى داود ٤٣٦/٩ ، وقد ذكر العظيم آبادى أن هذه العبارة لم توجد فى أكثر النسخ .
وأبو المعتمر هو ابن عمرو بن رافع المدنى روى عن عمر ابن خلدة الزرقى وعبيد الله بن على بن أبى رافع ، وعنه محمد بن عبد الرحمن بن أبى ذئب ، ذكره ابن حبان فى الثقات ، قال ابن حجر : قال ابن عبد البر ليس بمعروف بحمل العلم .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٦٢/١٢ .

(٢) تقريب التهذيب ٤٧٤/٢ ، وانظر : تهذيب التهذيب ٢٦٢/١٢ الجوهر النقى بهامش سنن البيهقى ٤٦/٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٣٣٠/٣ .

(٣) انظر ذلك فى تخريج الحديث ص ٢٨٩ .

المطلب الثّاني : ما إذا قبض البائع شيئا من الثّمن

إذا قبض البائع بعض الثّمن ثم فلّس المشترى فهل يحقّ للبائع الرّجوع فيما لم يقبض ثمنه أو لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك :

(أ) فقال الحنابلة ، والشّافعيّ فى القديم : لارجوع له ويكون أسوة الغرماء (١) .

وحجّتهم فى ذلك :

الحديث المتقدّم فى المبحث الأوّل وهو :

(أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِى بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ...) (٢) .

وفى لفظ لأبى داود والدارقطنى (فَإِنْ كَانَ قَضَاهُ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً فَمَا بَقِيَ هُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ) (٣) .

وعلّل الحنابلة ذلك : بأنّ في الرّجوع فى قسط مابقي تبعيضا للصّفقة على المشترى وإضراراً به ، فإنّه وإن كان

---

(١) انظر : ش : مغنى المحتاج ١٦١/٢ ، شرح الجلال على المنهاج ٢٩٥/٢ .
ل : المغنى ٤٧٥/٤ ، كشاف القناع ٤٢٦/٣ .

(٢) انظر المراجع السابقة للحنابلة .
والحديث سبق تخريجه ص ٢٨٩ .

(٣) انظر : مغنى المحتاج ١٦١/٢ ، شرح الجلال على المنهاج ٢٩٥/٢ .
وقد استدل الشافعية بهذا اللفظ - مع أنهم ردوا الحديث المرسل السابق - وهذا اللفظ جزء من حديث اخرجه أبو داود والدارقطنى وقال الدارقطنى : اسماعيل ابن عياش مضطرب الحديث ولايثبت هذا الحديث عن الزهرى مسندا وانما هو مرسل .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الاجارة باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ٤٣٤/٩ .
سنن الدارقطنى ، كتاب البيوع ٢٩/٣، ٣٠ .

مالـه سيباع ولايبقى لـه فإنّ ذلك لاينفي الضّرر لأنّ قيمة المال ستنقص بالتّشقيص ولايرغب فيه مشقّصا فيتضرّر المفلس والغرماء بنقص القيمة (١) .

(ب) وقال الشّافعيّ فى الجديد : إن كان البائع قد قبض بعض الثّمن فله أن يأخذ من المبيع مايقابل باقي الثمن ويكون ماقبضه فى مقابلة غير المأخوذ .

- وذلك قياسا على ما إذا رهن حيوانين بمائة وأخذ خمسين وتلف أحدهما كان الباقى مرهونا بما بقي من الدّين .

بجامع أنّ له التّعلّق بكلّ العين إذا بقي كلّ الحقّ فيثبت له التّعلّق بالباقي من العين للباقى من الحقّ .

- وقياسا على الفرقة فى الزّواج قبل الدّخول والجامع بينهما أنّ كلا منهما سبب يعود به كلّ العين فجاز أن يعود به بعضها (٢) .

(ج) وقال المالكيّة والظاهريّة : للبائع الخيار .

إن شاء ردّ ماقبضه من الثّمن ورجع فى جميع العين ، وإن شاء حاصّ الغرماء بما بقي ولم يرجع (٣) .

وعلّل المالكيّة ذلك : بأنّ قبض البائع لجميع الثّمن يسلم به العقد من العيب فى أخذ العوضين ، فإن قبض بعض الثّمن وقد أدرك الذّمّة الّتى يتعلّق بها عيب الفلس : جاز له

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ٤/٤٧٦ ، كشاف القناع ٣/٤٢٦.
(٢) انظر : شرح منهج الطلاب بحاشية البجيرمى ٢/٤٢٤، ٤٢٥ ، مغنى المحتاج ٢/١٦١ ، شرح الجلال ٢/٢٩٥ ، العزيز ١٠/٢٤٨، ٢٤٩ .
(٣) انظر : م : المنتقى ٥/٩١ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٣/٣٣٢ ، الشرح الصغير ٣/٣٧٥ ، مواهب الجليل ٥/٥٣ . ظ : المحلى ٨/١٧٥ .

أن يـردّ مـا أخذه من الثّمن لئلا يتبعّض المبيع فيدخل فيه ضرر الشّركة (١) .

التّرجيح :

وأرجّح ماذهب إليه الحنابلة .

ويجاب على الأقوال الأخرى بأنّ الحديث نصّ فى عدم رجوع البائع إن كان قد قبض من الثّمن شيئا . والله أعلم .

---

(١) انظر : المنتقى ٥/٩١-٩٢ .

المطلب الثّالث : ما إذا تغيّر المبيع

اختلف جمهور الفقهاء(١) في أحقيّة البائع بمبيعه الّذى لم يقبض ثمنه بعد فلس المشترى وحدوث تغيّر في المبيع .

وقد أمعنوا في اجتهادهم بحيث لم يتركوا احتمالا من احتمالات التّغيير إلاّ وبيّنوا حكمه وسأذكر هذه الأقوال مع كثرتها لتكون من الأدلّة على عظمة الفقه الإسلامى وغناه .

فأقول وباللّه التّوفيق :

التّغيرات الّتى قد تحصل في المبيع قسمان :

القسم الأوّل : التّغير بالنّقصان .

وهو على ضربين :

أحدهما : مالايتقسط عليه الثّمن ولايفرد بالعقد .

وربما يعبر عنه بنقصان الصّفة وهو ينقص ماليّة المبيع مع بقاء عينه كخَلَقِ الثّوب أو تَلَفِ بعضه ، وكهُزَالِ الحيوان أو مرضه أو فَقْدِ جزء منه كعينه أو يده .

وقد اختلف جمهور الفقهاء فيما إذا تغيّر المبيع بذلك

ـ فقال المالكيّة والشّافعيّة والقاضي أبو يعلى من الحنابلة(٢) : البائع أحقّ بمبيعه وإن نقص إلاّ إذا بذل له

---

(١) واذكّر هنا بأن الحنفية قالوا انه أسوة الغرماء في كل حال كما عرفنا ذلك في المبحث الأول .

(٢) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٤/٣، ٣٧٥ .
ش : المهذب ٣٣٠/١، ٣٣١ ، العزيز ٢٤٦/١٠ .
ل : المغنى ٤٥٩/٤ .
والقاضي أبو يعلى هومحمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن أحمد البغدادى الحنبلي ابن الفراء . عالم عصره في الأصول والفروع وكان شيخ الحنابلة في عصره ، عاش من سنة ٣٨٠هـ الى سنة ٤٥٨هـ من مصنفاته : الأحكام =

الغرماء الثّمن عند المالكيّة كما بيّنت ذلك في إثبات أحقيّته بالرّجوع في المبحث الأول .

وعلى ذلك :

* فإن لم يجب لهذا النّقصان أرش بأن أتلف المشترى المبيع أو حدث النّقصان بآفة سماويّة : فالبائع بالخيار بين ان يأخذه ناقصاً بجميع حقّه ، وبين أن يتركه ويضرب بالثّمن مع الغرماء وخيرته في ذلك تنفي ضرره (١) .

ومن الشّافعيّة من اثبت قولا آخر في هذه الحال وهو : أنّ البائع يأخذ المعيب ويضرب مع الغرماء بما نقص (٢) .

وقد حكم الرّافعي (٣) رحمه اللّه على هذا القول بالغرابة (٤) .

وهو مع غرابته أقرب الى العدل .

* وأما إن وجب للنّقصان الحادث بالمبيع أرش بأن اتلفه أجنبيّ : فالبائع بالخيار بين أن يتركه ويضرب مع الغرماء بالثّمن ، وبين أن يأخذه ويضرب بما نقص من الثّمن لأنّ الأرش في مقابلة جزء كان يستحقّ مايقابله (٥) .

= السلطانية ، والايمان ، والكفاية في أصول الفقه ، والعدة .
انظر : سير أعلام النبلاء ٨٩/١٨ ، طبقات الحنابلة ١٩٣/٢ .

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٤/٣،٣٧٥ .
ش : المهذب ٣٣٠/١،٣٣١ ، العزيز ٢٤٦/١٠ .
ل : المغني ٤٥٩/٤ .

(٢) انظر : العزيز ٢٤٦/١٠ نقلا عن كتاب القاضي ابن كج .

(٣) الرافعي هو : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن أبو القاسم الرافعي القزويني : فقيه من كبار الشافعية كان له مجلس بقزوين للتفسير والحديث ونسبته الى رافع بن خديج الصحابي . من مؤلفاته : العزيز المعروف بفتح العزيز ، وشرح مسند الشافعي . وكانت حياته من سنة ٥٥٧هـ الى سنة ٦٢٣هـ .
انظر : طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ١١٩/٥ ، طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٦٤ .

(٤) انظر : العزيز ٢٤٦/١٠ .

(٥) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٥/٣ .
ش : المهذب ٣٣١/١ ، العزيز ٢٤٦/١٠ .

- وقال الحنابلة : لايحقّ للبائع الرّجوع إذا تلف جزء من المبيع ويكون أسوة الغرماء بخلاف ما إذا فقد صفة من صفاته مع بقاء عينه .

وحجّتهم فى ذلك : قوله صلّى اللّه عليه وسلّم فى الحديث المتقدّم فى المبحث الأوّل : (أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ ٱلَّذِي ٱبْتَاعَهُ مِنْهُ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) (١) .

والشّاهد فى قوله (بعينه) وإذا فقد جزءاً منه لايكون بعينه .

وأمّا إذا فقد صفة من صفاته مع بقاء عينه كاملة فإن هذا لايخرجه عن كونه عين ماله لكنّه يتخير بين أخذه ناقصا بجميع حقّه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه لأنّ الثّمن لايتقسّط على صفة السّلعة من سمن أو هزال .. ونحوه فيصير كنقصه لتغيّر الأسعار (٢) .

التّرجيح :

والّذى يترجّح لى : أنّ البائع أحقّ بمبيعه من بقيّة الغرماء لأنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم جعله أحقّ بماله إذا وجده بعينه كاملاً لم يتغيّر وهذا النّقص الحاصل فى المبيع إذا ارتضاه البائع وأسقط حقّه فيه فلن يؤثر ذلك على المشترى أو الغرماء لأنّ عليهم أن يمكنوا البائع من أخذ

(١) سبق تخريجه ص ٢٨٩ .
(٢) انظر : المغنى ٤/٤٥٧-٤٥٩ ، كشاف القناع ٣/٤٢٦،٤٢٧، ٤٣٠ .

مبيعه إذا كان كاملا فمن باب أولى إذا كان ناقصا والله أعلم .

والضّرب الثّاني من النّقصان : مايتقسّط عليه الثّمن ويصحّ إفراده بالعقد كحيوانين أو ثوبين تلف أحدهما . فالبائع أحقّ بالباقي فله الخيار بين أخذه بحصته من الثّمن ويضرب مع الغرماء بثمن ماتلف ، وبين أن يترك ماوجد ويضرب مع الغرماء بجميع الثّمن .

وهذا باتفاق المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة لأنّه وجد مبيعه بعينه فيدخل في عموم الأدلّة (١) .

والقسم الثّاني من التّغيرات : التّغير بالزّيادة .

وهذه الزّيادة إمّا أن تكون حاصلة لامن خارج المبيع بل من ذاته ، وإمّا أن تكون حاصلة من خارجه .

فامّا الحاصلة من ذاته : فهي ضربان :

الأوّل : الزّيادة المتصلة .

إذا تغيّر المبيع بزيادة متصلة كسمن الحيوان وكبره وكبر الشجرة وكان بائعه لم يقبض ثمنه فهل يحقّ له الرّجوع فيه إذا افلس مشتريه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

(أ) فقال الحنابلة في ظاهر مذهبهم : لايحقّ له الرّجوع في هذه الحال ويكون أسوة الغرماء .

وحجّتهم في ذلك :

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٥/٣ .
ش : المهذب ٣٣٠/١ .
ل : كشاف القناع ٤٢٧/٣ .

- الأحاديث الواردة فى الموضوع وفيها إذا وجده بعينه ومعناه : إذا وجده بعينه على صفته ليس بزائد عنها .

- والقياس على الزّيادة المنفصلة والحاصلة بفعل المفلس فلايحقّ للبائع الرّجوع فيها لأنّها حدثت فى ملك المفلس (١).

(ب) وقال المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة فى رواية عنهم : إنّه يحقّ للبائع الرّجوع فيما باعه ، أو تركه ويكون أسوة الغرماء .

واستثنى المالكيّة ما إذا بذل الغرماء الثّمن للبائع فلايحقّ له الرّجوع فى المبيع كما سبق ذلك عنهم .

وعلّل الشّافعيّة أحقيّة البائع بالرّجوع فى هذه الحال : بأنّ الزّيادة المتصلة لاتتميّز فتبعت الأصل فى الرّد (٢) .

التّرجيح :

والّذى يترجّح لي هو قول الحنابلة أنّه لايحقّ للبائع الرّجوع فيما إذا زاد المبيع زيادة متصلة لأنّه قد تعلّقت حقوق الغرماء بهذه الزّيادة وفى أخذها إلحاق الضّرر بهم وبالمفلس لأنّهم لن يصلوا إلى تمام ديونهم ، ولأنّ المفلس يحتاج إلى تبرئة ذمّته عند اشتداد حاجته وفى أخذها تفويت لذلك أو لبعضه فلايجوز . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٤٢٨/٣ ، المغنى ٤٦٤/٤ .
(٢) انظر : م : المنتقى شرح الموطأ ٩٤/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢١٠ .
ش : الوجيز مع العزيز ٢٥٠/١٠،٢٥١ ، المهذب ٣٣١/١ .
ل : المغنى ٤٦٤/٤ .

الضّرب الثّاني : الزّيادة المنفصلة .

إذا زاد المبيع زيادة منفصلة كالولد والصّوف واللّبن والثّمرة وغلّة الدّور : فإنّه يحقّ للبائع الرّجوع في المبيع إذا أفلس المشتري ولم يدفع الثّمن .

وهذا باتفاق المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة مادام المبيع بحاله ، وأمّا إن نقص فيأخذ حكم التغيّر بالنّقصان كما سبق إلّا أنّهم اختلفوا فيمن تكون له هذه الزّيادة هل هي للبائع أو للمفلس ؟

(أ) فقال الشّافعيّة والحنابلة في رواية : إنّها للمفلس .(١)

وحجّتهم في ذلك :

- حديث : (اَلْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ) .(٢)

والمبيع من ضمان المشتري فكانت الزّيادة له .(٣)

- والقياس على ما إذا فسخ البيع بالخيار أو الإقالة وكان المبيع قد زاد زيادة منفصلة فإنّها تكون للمشتري لأنّها حملت في ملكه .(٤)

(ب) وقال الحنابلة في ظاهر مذهبهم : إنّ الزّيادة المنفصلة للبائع . قياساً على الزّيادة المتصلة .(٥) فقد روى حنبل

---

(١) انظر : ش : روضة الطالبين ١٥٩/٤ ، العزيز ٢٥١/١٠ ، المهذب ٣٣١/١ .
ل : كشاف القناع ٤٣٠/٣ ، المغني ٤٦٦/٤ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٥٠ .

(٣) انظر : ش : روضة الطالبين ١٥٩/٤ ، العزيز ٢٥١/١٠ ، المهذب ٣٣١/١ .
ل : كشاف القناع ٤٣٠/٣ ، المغني ٤٦٦/٤ .

(٤) انظر : المغني ٤٦٦/٤ .

(٥) هو حنبل بن اسحاق بن حنبل أبو علي الشيباني ابن عم الامام احمد . وقد سئل عنه الدارقطني فقال : كان صدوقا ، وذكره أبو بكر الخلال فقال : قد جاء حنبل عن أحمد بمسائل أجاد فيها الرواية وأغرب بغير شيء . توفي بواسط سنة ٢٧٣هـ .
انظر : طبقات الحنابلة ١٤٥/١ .

عن الإمام أحمد رحمه اللّه في ولد الجارية ونتاج الدّابّة أنّه للبائع [(١)] .

لكن رد ابن قدامة القياس على الزّيادة المتصلة :

بأنّ الزّيادة المتصلة تكون للمفلس فلذلك لايحقّ للبائع الرّجوع في المبيع ، وفي هذا تنبيه على كون الزّيادة المنفصلة للمفلس أيضا .

ثمّ لو سلم أنّ الزّيادة المتصلة تكون للبائع فالفرق بينها وبين المنفصلة ظاهر لأنّ المتصلة تتبع في الفسوخ والرّدّ بالعيب بخلاف المنفصلة .

قال : (ولاينبغي أن يقع في ذلك اختلاف لظهوره وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنّه باعهما في حال حملهما فيكونان مبيعين ولهذا خصّ هذين بالذّكر دون بقيّة النّماء) [(٢)] .

(ج) وفرّق المالكيّة بين ما إذا كانت الزيادة من جنس المبيع أو من غير جنسه فقالوا :

الزّيادة الّتي من جنسه كالولد تكون للبائع فيحقّ له أخذه مع أمّه أو تركهما ويكون أسوة الغرماء .

وحجّتهم في ذلك : أن اختيار البائع أخذ المبيع يكون نقضاً للبيع فكأن الولد ولد في ملكه [(٣)] .

وأمّا الزّيادة الّتي من غير جنس المبيع كثمر الشّجر وصوف الغنم ولبن الأنعام :

---

(١) انظر : كشاف القناع ٤٣٠/٣ ، المغني ٤٦٥/٤ .
(٢) انظر : المغني ٤٦٦/٤ .
(٣) انظر : الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٧٦/٣ .
هذا وللمالكية تفصيل فيما اذا مات الولد أو باعه المشتري لم أذكره لضيق المقام .
انظر : المنتقى ٩٤/٥ ، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٣٣/٣ .

فما كان موجودا حين البيع كالصّوف التّام والثّمرة المؤبّرة فهو للبائع إذا اختار أخذ المبيع (١).

ومالم يكن موجوداً حين البيع وحدث عند المشترى فهو له لأنّه من خراجه والخراج بالضّمان (٢).

ولا ارى وجها لتفرقة المالكيّة بين الولد وغيره من الغلّة.

والّذى اراه راجحا هو القول الأوّل لقوّة دليله.

امّا الزّيادة الحاصلة من خارج المبيع : فهي تتنوّع إلى عين محضة ، وصفة محضة ، ومركّب منهما.

النّوع الأوّل : العين المحضة.

وهذه العين إن كانت قابلة للتّمييز كما إذا كان المبيع ارضا فبناها المشترى او غرسها فهل يحقّ للبائع الّذى لم يقبض ثمنها الرّجوع فيها إذا أفلس المشترى :

اختلف جمهور الفقهاء في ذلك :

(أ) فقال الشّافعيّة والحنابلة : للبائع الخيار.

فإذا اختار ان يضرب بالثّمن مع بقيّة الغرماء فبها ونعمت.

وإذا اختار الرّجوع في المبيع فعليه دفع قيمة هذه الزّيادة من البناء أو الغراس ، أو يقلعها ويضمن نقصها

---

(١) يلاحظ هنا : أن المشترى لو جز الصوف أو الثمرة فان كانا باقيين على أصلهما أخذهما البائع ورجع المفلس عليه بالنفقة على الأصول.
الشرح الصغير ٣٧٦/٣ .

(٢) انظر : المنتقى ٩٥/٥ ، الشرح الصغير ٣٧٦/٣ ، مواهب الجليل ٥٣/٥ .

لأنّها حصلت لغيره بحقّ كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس وبناء للمشترى وكالمعير إذا رجع فى أرضه بعد غرس المستعير إلاّ إذا اتفق الغرماء والمفلس على قلعها بتفريغ الأرض من البناء والغراس فإنّهم يفعلون ذلك ويأخذون تلك الزّيادة لأنّ البائع لاحقّ له فيها فلايملك إجبار مالكها على المعاوضة عنها ولكن يلزمهم تسوية الأرض وغرامة ارش النّقص إن وجد (١).

وإن امتنع الغرماء والمفلس عن ذلك لم يجبروا عليه لأنّ المشترى حين بنى وغرس لم يكن متعديا بل وضعه بحقّ فيحترم وقد قال النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم : (لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ) (٢) وهذا غرس وبناء بحقّ .

والأظهر عند الشّافعيّة والحنابلة : أنّه يسقط الرّجوع فى حال امتناع الغرماء والمفلس عن قلع هذه الزّيادة ويضرب بالثّمن مع الغرماء لما فى رجوعه من الضّرر بنقص قيمة الزّيادة بعد القلع والرّجوع إنّما شرع لدفع الضّرر فلايزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء (٣).

(ب) وقال المالكيّة : يكون البائع والمشترى شريكين فى ذلك المبيع بزيادته كلّ بقدر حصّته .

وبيان ذلك بالمثال : أن تكون قيمة الأرض والبناء أو الغراس مائة ألف وخمسمائة ، وتكون قيمة الأرض خمسمائة

---

(١) ويقدم البائع بهذا الأرش على سائر الغرماء عند أكثر الشافعية لأنه لتخليص ماله واصلاحه ، وهو كسائرهم عند الحنابلة وفى وجه للشافعية .
انظر : ش : مغنى المحتاج ١٦٢/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٣١/٣ .
(٢) سبق تخريجه ص ٢٥٤ .
(٣) انظر : ش : المنهاج ومغنى المحتاج ١٦٢/٢،١٦٣ .
ل : كشاف القناع ٤٣١/٣ .

وقيمة البنيان أو الغراس مائة ألف فيكون لصاحب الأرض الثّلث وللغرماء الثّلثان والتّقويم يوم الحكم (١) .

والّذي يظهر لي ترجيحه هو قول المالكيّة لأنّ به ينتفي الضّرر عن كلّ من البائع والمشتري ولكن لو جعل الخيار إلى البائع بين ماقالوه وبين أن يضرب مع الغرماء لكان أولى . والله أعلم .

هذا إذا كانت العين الزّائدة قابلة للتّمييز .

وأمّا إن كانت غير قابلة للتّمييز فإمّا أن تكون من جنس المبيع ، وإمّا أن تكون من غير جنسه .

فإن كانت من جنسه وذلك يكون في خلط المثليّات بعضها ببعض كالحنطة بالحنطة ، والزّيت بالزّيت : فهل يحقّ للبائع عندئذ الرّجوع في المبيع عند فلس المشتري ؟

(أ) قال الحنابلة : لايحقّ له الرّجوع ويضرب بالثّمن .

لأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : (مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ ...) (٢) وهذا لم يدركه بعينه .

ولأنّ مايأخذه البائع من غير عين ماله إنّما يأخذه عوضا عن ماله فلم يختصّ به دون الغرماء كما لو تلف المبيع (٣) .

(ب) وقال المالكيّة : يحقّ للبائع الرّجوع في مقدار ماله .

لأنّ خلط المثليّات ببعضها غير مفوّت لحقّ الرّجوع لتماثلها (٤) .

(ج) ووافق الشّافعيّة المالكيّة فيما إذا كان المخلوط بالمبيع مثله أو دونه : فللبائع أخذ قدر المبيع من

---

(١) انظر : شرح الزرقاني على الموطأ ٣٣٢/٣ .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) انظر : المغني ٤٦٠/٤ ، كشاف القناع ٤٢٧/٣ .
(٤) انظر : الشرح الصغير ٣٧٤/٣ .

المخلوط .

ووافقوا الحنابلة فيما إذا كان المخلوط به أجود منه فيكون البائع أسوة الغرماء وذلك في أظهر أقوال الشّافعيّة .(١)

لأنّه في حال الخلط بالمثل يظهر التّساوي وعدم التّفرقة

وأمّا في حال كونه أردأ من المبيع : فيكون البائع برجوعه مسامحا كنقص العيب .

وأمّا إذا خلط بأجود منه : فلايرجع البائع فيه .

لأنّ الطّريق الموصل إلى أخذه وهو القسمة متعذر هنا . وفيه ضياع لحقّ الغرماء في الأجود .(٢)

والّذي يترجّح لي هو قول الشّافعيّة لأنّ فيه حفظا لحقّ البائع وحقّ المشتري معاً والله أعلم .

هذا إذا كانت العين الزّائدة غير قابلة للتّمييز لكنّها من جنس المبيع .

وأمّا إذا كانت من غير جنسه وهي غير قابلة للتّمييز فلايحقّ للبائع الرّجوع لاتلاف المبيع بالخلط .

النّوع الثّاني من أنواع الزّيادة الحاصلة من خارج المبيع : الصّفة المحضة .

إذا تغيّر المبيع بزيادة صفة فيه كان المبيع حنطة فطحنها المشتري ، أو أرضا غير مستوية فسوّاها فهل يحقّ للبائع الرّجوع فيه إذا أفلس المشتري ولم يدفع ثمنه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

---

(١) انظر : مغني المحتاج ١٦٣/٢ ، روضة الطالبين ١٦٩/٤ .
(٢) انظر : نفس المراجع السابقة .

(أ) فقال المالكيّة والحنابلة : لايحقّ له الرّجوع .

لأنّه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرّجوع كما لو تلف .

ولأنّه غيّر صفة المبيع وقد يتغيّر اسمه أيضا فلم يملك الرّجوع .(١)

(ب) وقال الشّافعيّة : يحقّ للبائع الرّجوع في هذه الحال ثمّ ينظر :

- إن لم تزد قيمة المبيع بذلك : فلاشركة للمفلس فيه لأنّه مبيع موجود من غير زيادة .

- وإن نقصت قيمته : فلا شيء للبائع معه .

- وإن زادت : فقولان :

أظهرهما : أنّ المبيع يباع ويصير المفلس شريكا بالزّيادة بنسبة مازاد العمل إلحاقا لها بالعين لأنّها زيادة حصلت بفعل محترم متقوّم فوجب أن لاتضيع عليه بخلاف الغاصب .

والقول الثّاني : أنّه لاشركة للمفلس في ذلك لأنّها أثر كسمن الدّابّة بالعلف وكبر الشّجرة بالسّقي والتّعهد .

ولكن يرد على هذا القول : أنّ الطّحن ونحوه منسوب إلى المشتري بخلاف السّمن والكبر فإنّ العلف والسّقي يوجدان كثيرا ولايحصل السّمن والكبر فكأنّ الأثر فيه غير منسوب إلى فعله بل محض صنع اللّه تعالى ولهذا لايجوز الاستئجار على تكبير الشجرة وتسمين الدّابّة بخلاف الطّحن ونحوه .(٢)

وفي هذا الرّدّ نظر لأنّ المشتري تسبب في السّمن والكبر والطّحن .

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ٣٧٤/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٢٧/٣ ، المغني ٤٦٠/٤ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ١٧٠/٤ ، العزيز ٢٦٧/١٠ ، مغني المحتاج ١٦٣/٢ .

والّذى يترجّح لي هو قول المالكيّة والحنابلة لأنّه ينفي الضّرر عن المفلس والغرماء والبائع .

النّوع الثّالث من انواع الزّيادة الحاصلة من خارج المبيع : ماهو عين من وجه وصفة من وجه :

وذلك بأن تضاف عين إلى المبيع تؤدّى إلى تغيّر وصفه كصبغ الثّوب ، وعجن الدّقيق بالسّمن .

وقد اختلف الفقهاء فى رجوع البائع فى المبيع الّذى لم يقبض ثمنه بعد حدوث تلك الزّيادة عند المشترى المفلس :

(أ) فقال المالكيّة : لايحقّ له الرجوع .

لأنّ خلط الشىء بغير جنسه يكون مفوتا لحق الرجوع عندهم (١)

(ب) وقال الشّافعيّة والحنابلة : يحقّ للبائع الرّجوع فى عين ماله :

لأنّها قائمة مشاهدة لم يتغيّر اسمها ، ويكون المفلس شريكا له بما زاد عن قيمة المبيع ، وإن نقصت قيمة المبيع فإن شاء البائع أخذه ناقصا ولاشىء له ، وإن شاء تركها وله اسوة الغرماء (٢) .

والظّاهر من اقوال الحنابلة أنّ النّقص يمنع الرّجوع . لأنّه نقص بفعل المشترى فأشبه إتلاف البعض (٣) .

---

(١) انظر : الشرح الصغير ٣٧٣/٣ .
(٢) انظر : ش : المنهاج بحاشية مغنى المحتاج ١٦٤/٢ .
ل : المغنى ٤٦٢/٤ .
(٣) انظر : كشاف القناع ٤٣٠/٣ .

وردّ ابن قدامة هذا التّعليل : بأنّ هذا نقص صفة كهزال الحيوان فلايمنع الرّجوع (١) .

وقال أيضا : (يحتمل أن لايكون للبائع الرّجوع إذا زادت القيمة لأنّه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرّجوع كما فى الزّيادة المتصلة المتولّدة .

ولأنّ الرّجوع ههنا لايتخلّص به البائع من المفلس ولايحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشّركة فلم يكن فى معنى المنصوص عليه فلايمكن إلحاقه به) (٢) .

وكلام ابن قدامة هذا يقوّي قول المالكية وهو ما أذهب إلى ترجيحه .

تعقيب :

بالنّظر فيما سبق نجد أنّ الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم اثبت للبائع حقّ الرّجوع فيما لم يقبض ثمنه إذا وجده بعينه عند المشترى المفلس .

وبالرغم من أنّ شرّاح الحديث فسّروا قوله صلّى اللّه عليه وسلّم (بعينه) بعدم تغيّر المبيع فى صفة من صفاته ولابزيادة ولانقصان (٣) .

---

(١) انظر : المغنى ٤٦٢/٤ بتصرف .
(٢) المغنى ٤٦٢/٤ .
(٣) انظر : فتح البارى ٦٣/٥ ، نيل الأوطار ٣٦٤/٥ ، عون المعبود ٤٣٠/٩ ، سبل السلام ٥٤/٣ .

فإنّ بعض الفقهاء أثبت للبائع الرّجوع في حالات من التّغير كما ظهر ذلك في هذا المبحث ولعلّ سبب ذلك : هو اختلافهم في تفسير قوله صلّى اللّه عليه وسلّم (بعينه) فإنّ عين الشّيء في اللّغة تعني نفسه (١) .

والفقهاء كما يستنتج من كلامهم فسّروها بمعان لاتخرج عن ذلك :

فيظهر من كلام المالكيّة أنّهم فسّروها بعدم انتقال المبيع عن أصله بناقل (٢) .

ويظهر من كلام الشّافعية أنّهم فهموا من قوله صلّى اللّه عليه وسلّم (بعينه) نفس المبيع وإن تغيّر بزيادة أو نقص فالبائع أحقّ به مع مراعاة ماللمفلس من زيادة (٣) .

كما يظهر من كلام الحنابلة أنّهم فهموا من بقاء المبيع بعينه عدم زوال اسمه عنه (٤) .

وقد رجّحت بعض أقوال الفقهاء رغبة مني في معرفة المقدّم عند التّزاحم بشرط الّايكون في تقدّمه ضرر بالآخرين .

فرجّحت في حال تغيّر المبيع بالنّقصان : تقديم البائع على الغرماء وكونه أحقّ بماله .

وذلك لايتعارض مع قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : اذا وجده بعينه ، لأنّه يتّفق مع التّفسيرات الّتي سقتها في فهم ذلك القول .

---

(١) انظر : القاموس المحيط ، كتاب النون ، فصل العين مادة (عين) ، المصباح المنير ، العين مع الياء ومايثلثهما ، نفس المادة .
(٢) انظر : الشرح الصغير ٣/٣٧٤ ، منح الجليل ٣/١٥٠ .
(٣) انظر : أقوال الشافعية السابقة مع الأم ٣/١٧٧ .
(٤) انظر : المغني ٤/٤٦٠ ومابعدها ، كشاف القناع ٣/٤٢٧ .

ويؤيّد ذلك : انّ رجوع البائع في المبيع كاملاً حقّ له فإذا نقص المبيع ورضي البائع بسقوط حقّه فإنّ ذلك له وليس فيه ضرر عليه لعدم إلزامه بذلك لأنّ له الخيار كما سبق ، ولاضرر على المفلس او الغرماء لأنّ من يلزمه تسليم المبيع إذا كان كاملا لايتضرّر بإعطائه ناقصا من باب أولى .

وامّا في حال زيادة المبيع : فقد رجّحت عدم رجوع البائع فيما باعه فلايقدّم على الغرماء بل يكون أسوة بهم .

لأنّ في رجوعه إلحاق الضرر بهم لأنّهم سيشاركونه في تلك الزّيادة الّتي هي ملك للمفلس وحقّ محترم له والشّركة تقلّل من قيمة المبيع مع انّ فيها فتحاً لباب النّزاع ينبغي إقفاله .

ويستثنى من ذلك ما إذا زاد المبيع زيادة منفصلة متولّدة فإنه يحق للبائع الرّجوع فيه لانتفاء مايحول دون أحقيّته وتقديمه وتكون الزّيادة للمفلس . واللّه أعلم .

المطلب الرّابع : ما إذا تعلّق بالمبيع حقّ لغير المشتري

قبل بيان تعلّق حقّ الغير بالمبيع أشير هنا إلى أنّه إذا انتقل ملك المبيع إلى غير المشترى فلايحقّ للبائع الرّجوع فيه وهذا أمر معلوم بالضرورة لأنّ المبيع فى حكم الهالك ، ولأنّ البائع لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس ولكن قد يعود المبيع إلى المشترى مرّة أخرى فإن أفلس بعد ذلك فهل يحقّ للبائع الرّجوع فيه ؟

ومثال ذلك : ما إذا باع زيد سلعة من عمرو ولم يقبض ثمنها ثم أخرجها عمرو عن ملكه ببيع أو هبة أو نحوه فإن عادت تلك السّلعة إلى عمرو ببيع أو هبة أو إرث ونحوه فهل يحقّ لزيد الّذى لم يقبض من ثمنها شيئا الرّجوع فيها إذا فلّس عمرو ؟

للفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأوّل : أنّ للبائع الرّجوع إن عادت السّلعة إلى المشترى وهو قول للشّافعية والحنابلة .

وحجّتهم فى ذلك : الأحاديث الّتى أثبتت للبائع الرّجوع بدون تفريق بين كون المبيع ظلّ باقيا عند المشترى أو أنّه خرج عن ملكه ثم عاد إليه .

ولأنّ البائع وجد عين ماله خالية عن حقّ غيره أشبه مالو لم يخرج عن ملك المشترى .

والقول الثّاني : أنّه لارجوع للبائع . وهو الأصح عند الشّافعيّة ، وقول للحنابلة .

وعلّلوا ذلك : بأنّ ملك المشترى للعين القائم الآن لم

ينتقل إليه من البائع فلم يملك البائع فسخه (١) .

والقول الثالث : التفريق بين ما إذا عاد المبيع إلى المشترى بسبب جديد أو بفسخ .

فإن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصيّة أو نحو ذلك : فلايكون للبائع الرّجوع لأنه لم يمر إليه من جهته .

وإن عاد إليه بفسخ كالردّ بالعيب أو الخيار ونحوه : فللبائع الرّجوع لأنّ هذا الملك استند إلى السبب الأوّل فإنّ فسخ العقد الثّانى لايقتضى ثبوت الملك وإنّما أزال السّبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسّبب الأوّل فملك البائع استرجاع الملك فيه ببيعه .

وهذا قول للحنابلة (٢) .

ولعل هذا هو أعدل الأقوال إذ لايقال إنّ الملك القائم ملك جديد .

وامّا إذا تعلّق بالمبيع حقّ لغير المشتري كما لو رهنه المشترى ، أوكان المبيع شقصا مشفوعا : فعندئذ يتزاحم البائع والمرتهن فى الصّورة الأولى ، وهو والشّفيع فى الصّورة الثّانية .

أمّا فى حال تزاحم البائع والمرتهن : فالحقّ للمرتهن بالاتفاق ولاحقّ للبائع فى الرّجوع فى سلعته فى قول الشّافعيّة والحنابلة ، وجعل المالكيّة للبائع الخيار بين ان يفكّ الرهن بدفع مارهن به المبيع واخذه ويحاصص الغرماء بفدائه وبين أن يتركه ويحاصص بالثّمن وهذا فيما إذا لم يشترط

---

(١) انظر : ش : مغنى المحتاج ١٥٩/٢ ، المهذب ٣٣٠/١ .
ل : المغنى ٤٧٨/٤ .
(٢) انظر : نفس المرجع السابق .

الرّاهن عدم حلول الدّين بالفلس .(١)

وحجّة الشّافعيّة والحنابلة في ذلك :

حديث (مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) .(٢)

والبائع لم يجد ماله عند المفلس .(٣)

ولأنّ حقّ المرتهن سابق لحقّ البائع إذ الحقّ للبائع إنّما يثبت عند الفلس ، فلايملك البائع إسقاط حقّ المرتهن بحقّه .(٤)

ولأنّ في رجوع البائع إضراراً بالمرتهن ولايزال الضّرر بالضرر .(٥)

وأمّا المالكيّة : فكأنّهم ارادوا إزالة الضّرر الواقع على المرتهن برأيهم الّذي قد رأوه . لاسيّما وأنّهم قيّدوه بما إذا لم يشترط الرّاهن عدم حلول ماعليه بفلسه ، أمّا إذا اشترط ذلك فلايحلّ الدّين بالفلس وليس للغريم بائع الرّهن فداؤه بدفع مارهن فيه حالا واخذه بل يبقى الرّهن على حاله ويحاصص بائعه بثمنه .

وهم بذلك يريدون رفع الضّرر الّذي قد يقع على الرّاهن أيضا .(٦)

---

(١) انظر : م : الشرح الكبير ٢٨٥/٣،٢٨٨ ، منح الجليل ١٥٣/٣،١٥٧ ، التاج والاكليل ٥٢/٥ ، الشرح الصغير ٣٧٦/٣ .
ش : المهذب ٣٣٠/١ ، شرح منهج الطلاب ٤٢١/٢ .
ل : المغني ٤٧٦/٤ ، كشاف القناع ٤٢٧/٣،٤٢٨ .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) انظر : المراجع السابقة للشافعية والحنابلة .
(٤) انظر : المهذب ٣٣٠/١ ، كشاف القناع ٤٢٨/٣ .
(٥) انظر : المغني ٤٧٦/٤ .
(٦) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨٥/٣ .

وأمّا في حال تزاحم البائع والشّفيع : بأن كان المبيع شقصا مشفوعا ولم يعلم الشّفيع بالبيع حتّى أفلس المشترى وحجر عليه : فللشّافعيّة والحنابلة فى ذلك قولان :

الأوّل : أنّ الشّفيع أحقّ .

وهو أصحّ القولين عند الشّيخ أبى حامد (١) ، والقاضى أبي الطّيّب (٢) من الشّافعيّة .

وهو رأي أبي الخطاب (٣) من الحنابلة ، وقد رجّحه ابن قدامة .

وعلّلوا ذلك :

بأنّ حقّ الشّفيع سابق فإنّه يثبت بالعقد ، وحقّ البائع يثبت بالحجر فقدّم حقّ الشّفيع .

ولأنّ حقّ الشّفيع آكد فهو يستحقّ انتزاع الشّقص من

---

(١) هو الشيخ أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد الاسفرايينى الشافعي . ولد سنة ٣٤٤هـ واليه انتهت رئاسة المذهب فى عصره . واستوعب الأرض بالأصحاب ، توفى سنة ٤٠٦هـ (واسفران بكسر الهمزة وفتح الفاء بلدة بخراسان بنواحى نيسابور) .
انظر : طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٢٣ ، سير أعلام النبلاء ١٩٣/١٧ ، وفيات الأعيان ٧٢/١ .

(٢) القاضي أبو الطيب هو طاهر بن عبدالله بن طاهر الطبرى أبو الطيب . قاض من أعيان الشافعية . ولد فى آمل طبرستان سنة ٣٤٨هـ واستوطن بغداد . من مصنفاته : شرح مختصر المزني ، وجواب فى السماع والغناء . وقد ظل يفتي ويقضي الى أن بلغ مائة سنة وأكثر لم يفتر عقله ولم يتغير الى أن توفى رحمه الله سنة ٤٥٠هـ .
انظر : الأعلام ٢٢٢/٣ ، طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٣٠ .

(٣) أبو الخطاب هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني . أبو الخطاب البغدادي . الفقيه أحد أئمة المذهب الحنبلى وأعيانه . ولد سنة ٤٣٢هـ . من تصانيفه : الهداية ، والخلاف الكبير المسمى بالانتصار فى المسائل الكبار ، والخلاف الصغير المسمى برءوس المسائل ، والتهذيب فى الفرائض ، والتمهيد فى أصول الفقه . توفى سنة ٥١٠هـ .
انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ١١٦/٣ .

المشترى . وممن نقله إليه وحقّ البائع إنّما يتعلّق بالعين مادامت في يد المشترى .(١)

والقول الثّاني : انّ البائع احقّ .

لعموم الأحاديث .

ولانّه إذا اخذ الشّفيع الشقص زال الضّرر عنه وحده وإذا اخذه البائع زال الضّرر عنهما لأنّ البائع يرجع إلى عين ماله والشّفيع يتخلّص من ضرر المشترى إذ لم توجد شركة جديدة فيزول الضّرر عنهما .(٢)

ولعلّ القول الوسط في المسألة : انّه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ويدفع إلى البائع .

لأنّ في ذلك جمعا بين الحقّين وإذا امكن الجمع بين الحقّين لم يجز اسقاط احدهما ، ولعلّ الشّفيع بهذا يستقلّ بالمبيع ويزول عنه ضرر الشّركة وهذا الرّأى هو قول ثالث للشافعيّة .(٣)

---

(١) انظر : ش : المهذب ١/٣٣٠ ، روضة الطالبين ٤/١٥٦ ، مغنى المحتاج ٢/١٦٠ ، حاشية البجيرمى ٢/٤٢١ .
ل : المغنى ٤/٤٧٨ .

(٢) انظر : ش : المهذب ١/٣٣٠ ، روضة الطالبين ٤/١٥٦ .
ل : المغنى ٤/٤٧٨ .

(٣) انظر : المهذب ١/٣٣٠ .

المطلب الخامس : ما إذا كان الثّمن مؤجّلا

من باع متاعا له بثمن مؤجّل ثمّ حجر على المشترى بالفلس فهل يحقّ للبائع الرّجوع فى مبيعه إذا وجده بعينه ويسقط الاجل ؟

اختلفت اقوال جمهور الفقهاء فى ذلك وخلافهم مبني على اختلافهم فى حلول الدّيون المؤجّلة على المفلس المحجور عليه بديون حالّة بصرف النّظر عن كون تلك الدّيون ثمنا أو غيره .

وقد قدّمت انّ الرّاجح قول من يرى أنّ الدّيون المؤجّلة لاتحلّ بالتّفليس (١) .

---

(١) انظر ماسبق فى شروط التفليس فى الفصل الثانى من هذا الباب ص٢٦٨، ٢٦٩

المبحث الثالث

مايلحق بالبيع من المعاوضات المالية

هذا ويلحق بالبيع في كلّ ماسبق سائر المعاوضات المالية المحضة كالسّلم والإجارة والقرض (١).

ففي السّلم (٢): يثبت للمسلِم الرّجوع في رأس مال السّلم إذا وجده بعينه بعد تفليس المسلَم إليه (٣).

وفي الإجارة: يثبت للمؤجِر الرّجوع في العين المؤجرة إذا افلس المستاجر ولم يمض من المدّة شيء له اجرة عادة.

وذلك لعموم قوله صلّى اللّه عليه وسلّم: (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) (٤).

فإن كان التّفليس بعد مضي بعض مدّة الإجارة: فللمؤجر الرّجوع في المدّة الباقية ويضرب مع الغرماء بقسط المدّة الماضية من الأجرة.

---

(١) والمراد بالمحضة: ماكان فيه كل من العوضين مالا. ويدخل القرض وان كان تبرع ابتداء.

(٢) السلم: هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. انظر هذا العقد في كتب الفقه.

(٣) انظر: المنتقى ٨٦/٥، العزيز ٢٣٧/١٠، كشاف القناع ٢٣٧/١٠.
اما اذا لم يجد المسلم راس ماله بعينه: فان حل السلم قبل القسمة ضرب المسلم مع الغرماء بقيمة المسلم فيه كسائر الديون.
فان كان في المال من جنس حقه المسلم فيه اخذ المسلم منه بقدر مايستحقه بالمحاصة.
وان لم يكن في مال المفلس من جنس حقه الذى اسلم فيه عزل للمسلم من المال قدر حقه الذى يخرج بالمحاصة فيشترى به المسلم فيه فياخذه وليس له ان ياخذ المعزول بعينه لانه اعتياض عن المسلم فيه وهو لايجوز لحديث (من اسلم في شيء فلايصرفه الى غيره).
انظر: المراجع السابقة.
والحديث اخرجه ابوداود وسكت عليه وابن ماجه
انظر: سنن ابي داود بشرح عون المعبود، في البيوع، السلف لايحول ٣٥٣/٩
وسنن ابن ماجه، في التجارات، من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره ٧٦٦/٢

(٤) سبق تخريجه في ادلة الجمهور على رجوع البائع في عين ماله ص ٢٨٨.

وهـذا عند الجمهور خلافـا للحنابلة فلارجوع له عندهم تنزيلاً للمدّة منزلة المبيع ومضي بعضها بمنزلة تلف بعضه (١) .

وفى القرض : يثبت للمقرض الرّجوع فى ما أقرضه إذا وجده بعينه بعد تفليس المقترض .

وهو قول الشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة .

وهـو مذهب ابن القاسم (٢) من المالكيّة وقد رواه عن الإمام مالك رحمه اللّه وعامّة اصحابه .

وحجّتهم فى ذلك :

قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) (٣) .

وهو عام لم يخص قرضا ولابيعا لأنّ لفظ (ماله) مفرد مضاف فيعمّ (٤) .

وذهب ابن المواز (٥) من المالكيّة : إلى أنّه لايحقّ للمقرض

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٠١/٥ .
م : الشرح الكبير ٢٦٥/٣، ٢٨٧ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٨٧/٥ .
ش : مغني المحتاج ١٥٨/٢ ، العزيز ٢٤٠/١٠ .
ل : كشاف القناع ٤٢٥/٣ ، المغني ٤٥٦/٤ .

(٢) ابن القاسم هو : أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم ابن خالد بن جنادة العتقي المصري . قال الدارقطني : هو من كبار المصريين وفقهائهم رجل صالح مقل متقن حسن الضبط . وقد صحب الامام مالك عشرين سنة وتفقه به وبنظرائه . وكانت حياته من سنة ١٣٣هـ أو ١٢٨هـ الى سنة ١٩١هـ .
انظر : الديباج المذهب ٤٦٥/١ ، شجرة النور الزكية ص ٥٨ .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٨٨ .

(٤) انظر : م : التاج والاكليل ٥١/٥ ، منح الجليل ١٥٢/٣ .
ش : العزيز ٢٤٣/١٠ .
ل : كشاف القناع ٤٢٥/٣ ، المغني ٤٥٧/٤ .
ظ : المحلى ١٧٥/٨ .

(٥) ابن المواز هو أبو عبد الله محمد بن ابراهيم الاسكندري المعروف بابن المواز . كان راسخا في الفقه والفتيا وله كتابه المعروف بالموازية وهو من أجل =

الرّجوع فى عين ماله بل يكون أسوة الغرماء .

وحجّة هذا القول :

حديث (أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ ٱلَّذِي ٱبْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) (١) .

فهذا الحديث يبيّن أنّ الحديث العام (مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ ...) أريد به الخصوص . فالمراد بالمال فيه : المبيع (٢) .

وردّ ابن رشد (٣) ذلك : بأنّه بعيد لأنّ الخاص لايكون مخصصا للعام إلاّ إذا كان معارضا له (٤) .

ولاتعارض بينهما بل هو إفراد فرد من أفراد العام بحكم فلايخصصه ويبقى العام على عمومه فيعمّ البيع وغيره فيشمل القرض .

= الكتب التى ألفها المالكية . وكانت حياته من سنة ١٨٠هـ الى سنة ٢٦٩هـ أو ٢٨١هـ .
انظر : الديباج المذهب ١٦٦/٢ ، شجرة النور الزكية ص ٦٨ .

(١) سبق تخريجه فى أدلة الجمهور فى أحقية البائع بمبيعه ص ٢٨٩ .

(٢) انظر : منح الجليل ١٥٢/٣ ، شرح الزرقانى على خليل ٢٨٤/٥ .

(٣) ابن رشد هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى المالكي . زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب وكان بصيرا بالأصول والفروع والفرائض وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية . وهو جد ابن رشد الفيلسوف عاش من سنة ٤٥٠هـ الى ٥٢٠هـ . من مؤلفاته : البيان والتحصيل ، والمقدمات .
انظر : الديباج المذهب ٢٤٩/٢ ، شجرة النور الزكية ص ١٢٩ .

(٤) انظر : منح الجليل ١٥٢/٣ .

الفصل الرابع

حق في العين المرهونة

وفيه

تمهيد وأربعة مباحث

التمهيد: في الرهن: تعريفه، ومشروعيته، وبيان انعقاده ولزومه.

والمبحث الأول: من الحق في استدامة الرهن؟

والمبحث الثاني: من الحق في الانتفاع بالرهن؟

والمبحث الثالث: من الحق في زيادة الرهن؟

والمبحث الرابع: من الحق في الاستيفاء من الرهن؟

الفصل الرّابع

الحقّ فى العين المرهونة

شرع الإسلام عقد الرّهن ليكون وثيقة للدّائن يأمن به من هلاك ماله بمحاصة غيره من الغرماء له ، أو بجحود المدين أو بإسرافه فى ماله .

ويظهر التّزاحم فى هذا العقد بين الرّاهن باعتباره مالكا للمرهون وبين المرتهن باعتباره دائنا يريد التوثّق لحقّه بهذا الرّهن .

ويكون هذا التّزاحم على عدة حقوق هي :

حقّ استدامة حبس الرّهن أو حيازته .

وحقّ الانتفاع به .

والحقّ فى زيادته إن زاد .

كما يظهر التّزاحم أيضا بين المرتهن وبين غيره من الغرماء أو الورثة وذلك عندما يريد أن يستوفى دينه من الرّهن .

وسأشرح بإذن اللّه هذه المسائل وأبيّن مافيها من التّزاحم بين المستحقّين ومن هو المقدّم منهم ويتطلّب ذلك تمهيداً وأربعة مباحث .

تمهيد

تعريف الرّهن ، وبيان مشروعيّته ، وانعقاده ولزومه

تعريف الرّهن :

الرّهن في اللّغة : مصدر رهن لازما ومتعديا .

يقال : رهن الشّيء رهنا : أى دام وثبت ، ورهنته المتاع بالدّين رهنا : أى حبسته به .

ثم أطلق الرّهن على المرهون من إطلاق المصدر على اسم المفعول .

ويطلق على آخذه مرتهن ، وعلى دافعه راهن ، وعلى الدَّين مرهون به .(١)

والرّهن في اصطلاح الفقهاء : يطلق تارة بالمعنى المصدرى وتارة بالمعنى الاسمى والّذى يهمنا هو الأوّل . ومن التّعريفات الّتى عرّفته بهذا المعنى :

- تعريف الحنفيّة للرّهن بأنّه : (جعل الشّيء محبوسا بحقّ يمكن استيفاؤه من الرّهن) .(٢)

ووافقهم المالكيّة في هذا المعنى .(٣)

---

(١) انظر : لسان العرب ، مادة (رهن) ، حرف النون ، فصل الراء ، ط/دار صادر بيروت ، المصباح المنير ، نفس المادة ، القاموس المحيط نفس المادة أيضا .

(٢) الهداية بشرح نتائج الأفكار ١٣٥/١٠ ، رد المحتار ٣٠٧/٥ .

(٣) وان اقتصروا في التعريف على أنه توثيق بحق المرتهن . وسيظهر اتفاقهم في المبحث الأول .
انظر : البهجة في شرح التحفة ١٦٦/١ .

- وتعريف الشّافعيّة له بأنّه : (جعل مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه) (١) .

ويقرب منه تعريف الحنابلة (٢) .

هذا وقد شاع استعمال الفقهاء للرّهن بمعنى المرهون .

والكلّ شرطوا فيه أن يكون مالاً يجوز بيعه .

مشروعيّة الرّهن :

الرّهن مشروع بالكتاب والسّنّة والإجماع .

أمّا الكتاب : فقوله تعالى : {وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٣) .

وهو أمر بصيغة الخبر لأنّه معطوف على قوله تعالى في الآية الّتي تسبقها : {فَاكْتُبُوهُ} وعلى قوله تعالى : {وَأَشْهِدُواْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ} وأدنى مايثبت بصيغة الأمر الجواز .

وذكر السّفر في الآية خرج مخرج الغالب (٤) .

وأمّا السّنّة فأحاديث منها : ما أخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى عائشة رضي اللّه عنها أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍ طَعَاماً إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ (٥) .

ففعله صلّى اللّه عليه وسلّم يدلّ على الجواز .

وقد انعقد الإجماع على جوازه في الجملة (٦) .

---

(١) مغني المحتاج ١٢١/٢ .
(٢) انظر : كشاف القناع ٣٢٠/٣ .
(٣) سورة البقرة : ٢٨٣
(٤) انظر : المبسوط ٦٤/٢١ ، المغني لابن قدامة ٣٦٢/٤ .
(٥) انظر : صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، كتاب في الرهن في الحضر ١١٥/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر ٥٥/٥ .
(٦) انظر : مراتب الاجماع لابن حزم ص ٦٠ .

انعقاد الرّهن ولزومه :

ينعقد الرّهن جائزاً بايجاب وقبول (١) .

ولايلزم إلاّ بالقبض (٢) لقوله تعالى : {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٣) .

والقائلون بلزومه بالقبض هم : الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة إلاّ أنّ الحنفيّة اشترطوا ان يقبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا فلايصحّ عندهم رهن المتفرّق كالتمر على رؤوس النّخل بدونها ولارهن المشغول بحقّ الرّاهن كالشّجر بدون الثّمر ولارهن المشاع غير المقسوم (٤) .

وقال المالكيّة : يلزم الرّهن بمجرّد العقد قبل القبض فللمرتهن مطالبة الرّاهن بالرّهن ويقضى له به .

ولايتمّ عندهم إلاّ بالقبض وشهادة البيّنة على حيازته فقبله يكون المرتهن أسوة الغرماء وبعده يختصّ به المرتهن عنهم وعن غيرهم (٥) .

وبهذا لاتظهر فائدة لزومه قبل القبض إلا القضاء به .

---

(١) معنى كونه جائزا : أنه يحق لكل من المتعاقدين فسخه .

(٢) معنى لزومه بالقبض : هو لزومه من جهة الراهن فلايحق له فسخه أو أخذه الا بأداء الدين أو باذن المرتهن لأن الحق له وحده .

(٣) سورة البقرة : ٢٨٣

(٤) انظر : ف : رد المحتار ٣٠٨/٥ ، شرح العناية على الهداية ١٤٠/١٠ ، تبيين الحقائق ٦٣/٥ .
ش : المهذب ٣١٢/١ ، شرح منهج الطلاب ٣٧٠/٢ .
ل : المغني ٣٦٤/٤ ، كشاف القناع ٣٢٢/٣،٣٣٠ .

(٥) انظر : الشرح الصغير ٣١٣/٣ ، حاشية البناني ٢٣٣/٥ ، المنتقى ٢٤٧/٥،٢٤٨ .

المبحث الأوّل

لمن الحقّ في استدامة حبس المرهون أو حيازته

اختلف الفقهاء في ذلك :

(أ) فقال الحنفيّة والمالكيّة : إنّ الحقّ في ذلك للمرتهن . لأنّه يشترط لصحّة الرّهن عندهم استدامة حبس المرتهن للرّهن .

وبالتّالي : لايحقّ للرّاهن ان ينتفع بالرّهن ولو بإذن المرتهن ومتى خرج عن يد المرتهن : بطل الرّهن لكنّهم استثنوا إعارته له فلايخرج عن الرّهن بإعارته للرّاهن ولالغيره .

وقيّدها المالكيّة : بما إذا اشترط ردّ العاريّة قبل انقضاء أجل الدّين ، أو جرى العرف بذلك ، أو قيدت بزمن أو عمل ينقضي قبله (١) .

(ب) وقال الشّافعيّة : إنّ للرّاهن أن يحوز الرّهن وينتفع به بعد إقباضه إذا أذن له المرتهن بذلك بل اعتبروا ذلك حقّا له إذا كان الرّهن ممّا لاينقص بالانتفاع كسكنى الدّار وركوب السّيّارة وحلب الشّاة .

لأنّه لايشترط لصحّة الرّهن عندهم استدامة حيازة المرتهن للرّهن بل متى اقبضه مرّة فقد تمّ الرّهن ، ولايزيل انتفاع

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٨٧/٥ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ١٨٤/١٠ ، البدائع ١٥٦/٦ .
م : الشرح الصغير ٣١٦/٣ ، القوانين الفقهية ص ٢١٣ .

الرّاهن لزوم الرّهن .(١)

ووافق الحنابلة الشّافعيّة فى أنّه لايشترط لصحّة الرّهن استدامة حيازة المرتهن للرّهن فيجوز خروجه من يد المرتهن بإذنه إلاّ أنّه يزول لزوم الرّهن بذلك .(٢)

الأدلّة

استدلّ الحنفيّة والمالكيّة على أحقيّة المرتهن بحيازة الرّهن على الدّوام :

- بقوله تعالى : {وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} .(٣)

ووجه الدّلالة منه : أنّ اللّه تبارك وتعالى أخبر عن كون الرّهن مقبوضا . فالقبض أو الحيازة من الصّفات اللاّزمة للرّهن وإخباره تعالى لايحتمل الخلل فاقتضى أن يكون الرّهن مقبوضا مادام مرهونا .(٤)

- ولأنّ الرّهن فى اللّغة معناه الحبس والدّوام فكان مادلّ عليه اللّفظ لغة حكماً له شرعا لأنّ للأسماء الشّرعيّة دلالات على احكامها كلفظ الطّلاق والعتاق والحوالة ونحوها .(٥)

وعلّل الحنفيّة استثناء العاريّة وأنّها لاتبطل عقد الرّهن فيما لو أعار المرتهن الرّهن للرّاهن أو لغيره : بأنّ يد

---

(١) انظر : الأم ١٢٤/٣ ، مغنى المحتاج ١٣١/٢ .
(٢) انظر : المغنى ٤٣٢/٤ ، كشاف القناع ٣٣٢/٣ ، الانصاف ١٥١/٥ .
(٣) سورة البقرة : ٢٨٣
(٤) انظر : ف : البدائع ١٤٥/٦ ، المبسوط ٧٠/٢١ .
م : المنتقى ٢٤٨/٥، ٢٥٠ .
(٥) انظر : ف : نفس المراجع السابقة لهم .
م : الانصاف فيما تضمنه الكشاف من الاعتزال ٤٠٦/١ .

العاريّة ليست بلازمة بمعنى أنّ للمعير أن يرجع فيها متى شاء فكأنّها تحت يده (١) .

واستدلّ الشّافعيّة على أحقيّة الرّاهن بالانتفاع بالرّهن إذا كان مما لاينقص بالانتفاع بالأدلّة الآتية :

الأوّل : ماأخرجه البخاري بسنده إلى أبى هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (ٱلظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَلَبَنُ ٱلدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَعَلَى ٱلَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ ٱلنَّفَقَةُ) (٢) .

والثّاني : ماأخرجه الحاكم بسنده إلى أبى هريرة رضي اللّه عنه عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (ٱلرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ) (٣) .

وقد فسّر الشّافعيّة الحديثين السّابقين بأنّ للرّاهن أن يركب الرّهن ويحلبه إذا كان مما يركب ويحلب لأنّ الرّهن ملكه

---

(١) انظر : الهداية بشرح نتائج الأفكار ١٧٩/١٠ ، تبيين الحقائق ٨٧/٥ .

(٢) هذا الحديث صحيح أخرجه البخاري في صحيحه .
كما أخرجه أبو داود في سننه ولكن بلفظ يحلب مكان يشرب .
انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب ١٤٣/٥ .
سنن ابى داود بشرح عون المعبود ، البيوع ، باب فى الرهن ٤٣٩/٩ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الحاكم من طريق الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة مرفوعا وقال : (لم يخرجاه - الشيخان - لأن سفيان الثورى وشعبة وقفوه على الأعمش وأنا على أصلى أصلته فى قبول الزيادة من الثقة) .
وأخرجه الدارقطني وذكر الاختلاف على الأعمش وغيره ورجح الموقوف وبه جزم الترمذى .
انظر : فتح البارى ١٤٣/٥ ، تلخيص الحبير بهامش العزيز ١٠٦/١٠ ، المستدرك ، كتاب البيوع ، الرهن محلوب ومركوب ٥٨/٢ .
سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ٣٤/٣ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ٤٦٣/٤ .

وذلك لاينافى حقّ المرتهن فى تعيّن رقبة الرّهن لقضاء الدّين منه .

ويقاس على الرّكوب أو الحلب غيره من المنافع الّتى لاتنقص المرهون إلّا البناء والغرس (١) .

كما استدلّ الشّافعيّة على أنّه لايشترط لصحّة الرّهن استدامة حيازة المرتهن له بدليلين :

الأوّل : قوله تعالى : {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٢) .

ووجه الدّلالة منه : أنّه متى حصل قبض الرّهن مرّة واحدة فقد تمّ الرّهن .

والثّانى : القياس على البيع والهبات ومافى معناها .

فإنّ المبيع يكون مضمونا من البائع فإذا قبضه المشترى مرّة صار فى ضمانه ، فإن ردّه إلى البائع بإجارة أو وديعة فهو من مال المشترى ولاينفسخ ضمانه بالبيع .

وكذلك الهبات ومافي معناها إذا قبضها الموهوب له مرّة ثم أعارها إلى الواهب أو اكراها منه أو من غيره لم يخرجها من الهبة .

وقد روى الشّافعي رحمه اللّه فى ذلك آثارا عن التّابعين غير أنّ أقوالهم لاتصلح للحجّيّة (٣) .

وقال الحنابلة فى تعليل ماقالوه من جواز خروج الرّهن من يد المرتهن بإذنه بعد قبضه مع بقاء عقد الرّهن :

بأنّ مقصود الرّهن الاستيثاق بالدّين واستيفاؤه من ثمنه

---

(١) انظر : الأم ١٣٧/٣ ، مختصر المزنى ٢١٦/٢ ، مغنى المحتاج ١٣١/٢ ، شرح منهج الطلاب ٣٧٥/٢ ، العزيز ١٠٦/١٠ .
(٢) سورة البقرة : ٢٨٣
(٣) انظر : الأم ١٢٤/٣ .

عند تعذر استيفائه من ذمّة الرّاهن وهذا لاينافي خروجه من يد المرتهن والانتفاع به بإجارته أو إعارته .

ولأنّ تعطيل منفعة الرّهن تضييع للمال وقد نهى النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم عن إضاعة المال (١) .

ولكنّهم قالوا : يزول لزوم الرّهن إذا خرج من يد المرتهن .

لأنّ استدامة القبض شرط في اللّزوم وقد زالت ، والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه . فإن رده الرّاهن إلى المرتهن باختياره عاد لزومه ولاحاجة إلى تجديد العقد لأنّ العقد الأوّل لم يطرأ عليه مايبطله أشبه مالو تراخى القبض عن العقد (٢) .

تعقيب وترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء السّابقة فيمن يكون له الحقّ في استدامة حبس المرهون ظهر لي :

أنّ الحنفيّة والمالكيّة اعتبروا استدامة حبس المرتهن للرّهن شرطا لبقاء عقد الرّهن صحيحا ، واعتبره الحنابلة شرطاً للزوم الرّهن ، في حين أنّ الشّافعيّة لم يعتبروا ذلك بل

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٤٣٢/٤ .
وقد جاء النهي عن اضاعة المال في الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم بسندهما الى المغيرة بن شعبة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان الله حرم ثلاثا ونهى عن ثلاث . حرم عقوق الوالد ووأد البنات ولا وهات ، ونهى عن ثلاث قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال . واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الاعتصام ، باب مايكره من كثرة السؤال وتكلف مالايعنيه ١٤٣/٨ .
صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة والنهي عن منع وهات وهو الامتناع من أداء حق لزمه أو طلب مالايستحقه ١٣١/٥ .

(٢) انظر : كشاف القناع ٣٣٢/٣ .

متى تمّ القبض مرّة فقد صحّ الرّهن ولزم ، ويحقّ للرّاهن الانتفاع به إذا كان الرّهن مما لاينقص بالانتفاع .

وأرى أنّ قول الشّافعيّة هو الرّاجح لأمرين :

الأوّل : عدم ضياع حقّ المرتهن بهذا الانتفاع فإنّ مقتضى عقد الرّهن هو التّوثق وذلك غير مناف للانتفاع .

والثّاني : أنّ الرّهن مازال على ملك الرّاهن ، وفي الانتفاع به انطلاق للمال حتّى ينمو ويثمر ويعود بالفائدة على الرّاهن بل على المجتمع وفي نهي النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم عن إضاعة المال مايكفي للتّرجيح . واللّه أعلم .

الصور التي يتزاحم فيها حق المرتهن مع الراهن في الانتفاع

المبحث الثاني

لمن الحقّ في الانتفاع بالرّهن

يظهر التّزاحم بين الرّاهن والمرتهن على حقّ الانتفاع بالرّهن . وقد بيّن الفقهاء حكم انتفاع كلّ بالرّهن :

أمّا الرّاهن : فيتبيّن حكم انتفاعه بالرّهن من المبحث السّابق :

فهو حقّ له إذا كان الرّهن مما لاينقص بالانتفاع وذلك فى قول الشّافعيّة .

وقال الجمهور لايحقّ له ذلك إلاّ بإذن المرتهن ومتى اذن له بالانتفاع : بطل الرّهن فى قول الحنفيّة والمالكيّة ، وزال لزومه عند الحنابلة .

وأمّا المرتهن : فلايجوز له ان ينتفع بالرّهن لانّ الرّهن لايقتضى إلاّ التّوثق أمّا الانتفاع فلا .

غير انّ الفقهاء قد استثنوا بعض الصّور التّى يحقّ للمرتهن ان ينتفع فيها بالرّهن :

فاستثنى الحنفيّة : ما إذا اذن الرّاهن للمرتهن فى الانتفاع (١) .

وذلك هو الحكم المتبع فى مال الغير إذ لايجوز للإنسان ان ينتفع بمال غيره إلاّ بإذنه لقوله تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ} (٢) .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦٧/٥ ، الهداية مع نتائج الأفكار ١٥٠/١٠ ، الدر المختار ٣١٠/٥ .

(٢) سورة النساء : ٢٩

ولحديث : (لَايَحِلُّ لِامْرِىءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْءٌ إِلَّا مَاطَابَتْ بِهِ نَفْسُهُ) .(١)

واستثني المالكيّة من عدم جواز انتفاع المرتهن بالرّهن ما إذا اشترط المرتهن منفعة معيّنة وكان الدّين المرهون به في عقد بيع .

والعلّة في جواز ذلك : انّه بيع وإجارة لأنّ بعض السّلعة في مقابلة الثّمن وهو بيع، وبعضها الآخر في مقابلة المنفعة وهو إجارة .

ولهذا قال المالكيّة : يمنع جواز ذلك في رهن الأشجار والحيوان لما فيه من استيفاء العين وهو الثّمرة واللبن وليس إجارة إذ هو بيع ذات لم توجد .(٢)

واستثني الحنابلة في ظاهر مذهبهم من عدم جواز انتفاع المرتهن بالرّهن صورتين :

الأولي : ما إذا انتفع المرتهن بإذن الرّاهن فيجوز ذلك سواء أكان انتفاعه بغير عوض أم بعوض فيه محاباة أو لا . مالم يكن الدّين قرضا .

أمّا إذا كان الدّين قرضا فلايجوز انتفاع المرتهن

---

(١) سبق تخريجه في الفصل الثاني من هذا الباب ص ٢٦٥ .
وللحنفية قولان آخران في المسألة :
أحدهما : أنه لايحق للمرتهن الانتفاع بوجه من الوجوه وان أذن له الراهن لأنه ربا فان المرتهن يستوفي دينه كاملا فتبقي المنفعة فضلا فيكون ربا وهو أمر عظيم .
والثاني : أنه ان كان الانتفاع مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا والا فلابأس .
لكن الفتوى عندهم على ماذكرت من أنه يباح الانتفاع بالاذن .
انظر : رد المحتار ٣١٠/٥، ٣١١ .

(٢) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٤٦/٣ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٢٥/٣ ، البهجة شرح التحفة ١٧٣/١ .

إلّا إذا كان مقابل عوض لامحاباة فيه لأنّه عندئذ لم ينتفع بالقرض بل بالإجارة (١) .

والصّورة الثّانية : ما إذا كان الرّهن مركوبا او محلوبا فيجوز للمرتهن ان ينتفع به ولو بغير إذن الرّاهن ويكون ذلك في مقابل نفقته ويتحرّى في ذلك العدل (٢) .

واستدلّوا على ذلك :

- بحديث (ٱلظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَلَبَنُ ٱلدَّرِ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَعَلَى ٱلَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ ٱلنَّفَقَةُ (٣)) .

- وما أخرجه أحمد والدّارقطني بسندهما إلى أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : (إِذَا كَانَتِ ٱلدَّابَّةُ مَرْهُونَةً فَعَلَى ٱلْمُرْتَهِنِ عَلْفُهَا وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ وَعَلَى ٱلَّذِي يَشْرَبُ نَفَقَتُهُ وَيَرْكَبُ (٤)) .

ففي الحديث الأخير جعل المرتهن هو المنفق فيكون هو المنتفع (٥) .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٣٥٥/٣ ، شرح منتهى الارادات ٢٤٢/٢

(٢) انظر : نفس المراجع السابقة .
ومعنى تحرى العدل : أنه اذا فضل من اللبن شيء باعه المرتهن ان كان مأذونا له في بيعه والا باعه الحاكم ، وان فضل من النفقة شيء رجع به على الراهن .

(٣) سبق تخريجه في المبحث الأول من هذا الفصل ص ٣٣٩ .

(٤) هذا الحديث أخرجه الامام أحمد عن هشيم عن زكريا عن الشعبي عن أبي هريرة مرفوعا ، وأخرجه الدارقطني عن أحمد بن العلاء عن زياد بن أيوب عن هشيم ... مثله .
وقال ابن حجر في الفتح : (هذه الرواية زعم ابن حزم أن اسماعيل بن سالم الصائغ تفرد بها عن هشيم وانها من تخليطه .
وتعقب : بأن الامام أحمد والدارقطني أخرجاه من طرق أخرى .
انظر : مسند الامام أحمد ، مسند أبي هريرة ٢٢٨/٢ .
سنن الدارقطني ، البيوع ٣٤/٣ .
فتح الباري ١٤٤/٥ ، المحلى ٩٢/٨ .

(٥) انظر : كشاف القناع ٣٥٥/٣ .

تعقيب :

من الصّور المستثناة السّابقة يظهر :

جواز انتفاع المرتهن بالرّهن إذا اذن له الرّاهن على خلاف بين الفقهاء في مايسمح به هذا الإذن من الانتفاع : فيبّاح الانتفاع بالإذن مطلقا عند الحنفيّة .

ويباح عند المالكيّة إذا شرط المرتهن منفعة معيّنة وكان الدّين في عقد بيع .

ويباح الانتفاع عند الحنابلة إذا كان بإذن الرّاهن إلاّ في عقد القرض إذا لم يكن الانتفاع بعوض أو كان وفيه محاباة .

أمّا انتفاع المرتهن بغير إذن المالك إذا قام بما يحتاج إليه الرّهن ويتمثل ذلك في المركوب والمحلوب : فإنّه لايجوز عند جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة كما ظهر ذلك مما سبق .

وأجازه الحنابلة وإسحاق واللّيث والحسن وابن حزم وغيرهم إلاّ أنّ ابن حزم قيّده بما إذا لم ينفق الرّاهن عليهما فيكون الرّكوب والاحتلاب للمرتهن المنفق . (١)

---

(١) انظر : نيل الأوطار ٣٥٣/٥ ، فتح الباري ١٤٤/٥ ، عون المعبود ٤٤٠/٩ ، المغني لابن قدامة ٤٢٧/٤ ، المحلى ٨٩/٨ .
وهذا تعريف بالقائلين بهذا القول من الأعلام :
اسحاق بن راهويه : سبق التعريف به .
الليث بن سعد : أبو الحارث الفهمي مولاهم الأصبهاني الأصل المصري . شيخ الديار المصرية وعالمها في عصره وكان الشافعي يقول : هو افقه من مالك الا أن اصحابه لم يقوموا به . توفي سنة ١٧٥هـ . وله احدى وثمانون سنة .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٣٦/٨ ، وفيات الأعيان ١٢٧/٤ .
والحسن البصري : سبق التعريف به .

وكانت حجّة الحنابلة ومن معهم ماتقدّم من الأدلة .

وأمّا الجمهور : فأجود مايحتجّ لهم به كما قال الشّوكاني (١) :

ماأخرجه البيهقيّ والحاكم والدّارقطنيّ بسندهم إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (لَايَغْلَقِ ٱلرَّهْنُ . لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ) (٢) .

فلايحقّ للمرتهن الانتفاع بالرّهن بل الفوائد للرّاهن والمؤن عليه كما دلّ الحديث .

وقالوا : إن حديث (الظّهر يركب بنفقته ...) (٣) ورد على خلاف القياس من وجهين :

---

(١) الشوكاني هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني : فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء ولد بهجرة شوكان (من بلاد خولان باليمن) ونشأ بصنعاء وولي قضاءها ومات حاكما بها سنة ١٢٥٥هـ . له (١١٤) مؤلفا منها : نيل الأوطار ، فتح القدير ، والسيل الجرار .
انظر : الأعلام ٢٩٨/٦ .

(٢) هذا الحديث اخرجه البيهقي ، والحاكم وصححه ، والدارقطني وقال هذا اسناد حسن متصل .
ورواه الأوزاعي والشافعي وغيرهما مرسلا .
وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان ارساله .
وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله .
وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام : (ان رجاله ثقات الا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره ارساله) .اهـ
فالحديث حجة سواء حكمنا بحسنه أم بصحته ولايضر ارساله لأن المرسل حجة عند جمهور الفقهاء والشافعي وان رد المرسل لكنه استثنى أنواعا منها مرسل سعيد بن المسيب وهذا الحديث روى عن سعيد مرسلا .
انظر : تلخيص الحبير بشرح العزيز ١٣٤/١٠ ، بلوغ المرام ص ١٧٥ .
سنن البيهقي ، الرهن ، باب الرهن غير مضمون ٣٩/٦ .
المستدرك ، البيوع ، لايغلق الرهن ٥١/٢ .
سنن الدارقطني ، البيوع ٣٢/٣ .
مسند الامام الشافعي ، من كتاب الرهون والاجارات ص ٢٥١
هذا ومعنى لايغلق الراهن :أى لايستحقه المرتهن اذا لم يستفكه صاحبه .
انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر ٣٧٩/٣ .

(٣) سبق ص ٣٤٥،٣٣٩ .

الأوّل : التّجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه

والثّاني : تضمينه ذلك بالنّفقة لابالقيمة (١) .

قال ابن عبد البرّ (٢) رحمه اللّه : (هذا الحديث عند جمهور الفقهاء تردّه أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لايختلف في صحتها ويدلّ على نسخه حديث ابن عمر عند البخاري وغيره بلفظ (لَايَحْلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ آمْرِىءٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) (٣) .

والّذي يترجّح لي هو قول الحنابلة ومن معهم لقوّة دليلهم :

- لأنّ ما استدلّ به الجمهور مختلف في وصله وإرساله ولو سلّمنا مكافاته لحديث (الظّهر يركب بنفقته ...) فإنّ هذا الحديث يكون مخصصا لعمومه .

- وأمّا قولهم : إن الحديث الّذى استدلّ به الحنابلة يخالف القياس : فمردود . لأنّ السّنّة الصّحيحة من جملة الأصول فلاتردّ إلاّ بمعارض أقوى منها (٤) .

على أنّ ابن القيم رحمه اللّه في إعلام الموقّعين بيّن أنّ الحديث يوافق القياس ولايخالفه وفيه جمع لمصلحتي الرّاهن

---

(١) انظر : فتح الباري ١٤٤/٥ ، نيل الأوطار ٣٥٣/٥ ، عون المعبود ٤٤٠/٩ .

(٢) ابن عبد البر : هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر بن عاصم النمرى الأندلسي القرطبي المالكي الفقيه العلامة حافظ المغرب في عمره صاحب التصانيف الفائقة . منها : التمهيد لما في الموطا من المعاني والأسانيد ، والاستيعاب في أسماء الصحابة ، والكافي في مذهب مالك . وكانت حياته من سنة ٣٦٨هـ الى سنة ٤٦٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٥٣/١٨ .

(٣) انظر : فتح الباري ١٤٤/٥ ، نيل الأوطار ٣٥٣/٥ ، عون المعبود ٤٤٠/٩ .
والحديث المذكور أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب اللقطة ، باب لاتحلب ماشية أحد بغير اذن ٩٥/٣ .

(٤) انظر : نيل الأوطار ٣٥٣/٥، ٣٥٤ ، عون المعبود ٤٤٠/٩ .

والمرتهن ومما قال : (... إنّ نفقة الحيوان واجبة على صاحبه ، والمرتهن إذا انفق عليه أدّى عنه واجبا ، وله فيه حقّ فله أن يرجع ببدله ، ومنفعة الرّكوب والحلب تصلح أن تكون بدلا فأخذها خير من أن تهدر على صاحبها باطلا ويلزم بعوض ما أنفق المرتهن ...)(١) .

- ويجاب عن حديث ابن عمر (لَايَحْلِبْ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَمْرِىءٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ)(٢) : بأنّه عامّ وحديث ابى هريرة (اَلظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ...)(٣) خاصّ فيبنى العامّ على الخاصّ .

والنّسخ لايثبت إلاّ بدليل متأخّر عن الدّليل الآخر لابمجرد الاحتمال مع الإمكان(٤) والله أعلم .

---

(١) اعلام الموقعين ٤١/٢ .
(٢) سبق فى ادلة الجمهور وتخريجه ص ٣٤٨ .
(٣) سبق ص ٣٣٩ ، ٣٤٥
(٤) انظر : نيل الأوطار ٣٥٤/٥ ، عون المعبود ٤٤١/٩ .

المبحث الثّالث

لمن الحقّ فى زيادة الرّهن

إذا زاد الرّهن عند المرتهن زيادة منفصلة كالولد والثّمرة واللبن : فهي للرّاهن بالاتفاق لأنّها نماء ملكه ، ولكن هل يثبت فيها حكم الرّهن او لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك :

- فقال الحنفيّة والحنابلة : هي رهن مع الأصل تجرى فيها أحكامه إلاّ انّ الحنفيّة قيّدوها بالزّيادة المتولّدة من الأصل أو ماكان فى حكم المتولّد .

أمّا غير المتولّدة ككسب الدّابّة والسّيارة فلاتدخل فى الرّهن عندهم خلافا للحنابلة (١) .

- وقال الشّافعيّة وابن حزم الظّاهريّ : لاتكون الزّيادة المنفصلة رهنا فلايترتّب عليها حكمه (٢) .

- وفرّق المالكيّة بين ما إذا كانت الزّيادة من جنس الرّهن فتكون رهنا مع الأصل ، وبين ما إذا كانت من غير جنسه فلاتكون رهنا (٣) .

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٥٢/٦ ، تبيين الحقائق ٩٤/٥ ، تكملة البحر الرائق ٣٢٢/٨ .
ل : المغني ٤٣٠/٤ .

(٢) انظر : ش : مغني المحتاج ١٣٩/٢ ، الأم ١٤٤/٣ .
ظ : المحلى ٩٩/٨،١٠٠ .

(٣) انظر : المنتقى ٢٤٠/٥ ، الشرح الصغير ٣٢٤/٣ .

الأدلّـــة

أدلّة القول الأوّل :

استدلّ الحنفيّة والحنابلة على أنّه إذا زاد الرّهن زيادة منفصلة فإنّها تكون رهنا مع الأصل بالأدلّة الآتية :

الأوّل : قياس الرّهن على البيع بجامع أنّ الحكم فى كلّ منهما ثابت فى الأصل فيثبت في ماتولّد منه تبعا (١) .

والثّاني : قياس الزّيادة المنفصلة على المتصلة بجامع أنّ كلاّ منهما زيادة فيثبت فيها حكم الرّهن (٢) .

والثّالث : قياس الرّهن على التّدبير بجامع أنّ كلا منهما حقّ مستقرّ فى الأمّ ثبت برضى المالك فيسري إلى الولد (٣) .

وعلّل الحنفيّة ماقالوه من أنّ الزّيادة غير المتولّدة من الأصل لايثبت فيها حكم الرّهن :

بأنّها ليست بمرهونة بنفسها ، ولاهي بدل المرهون ، ولاجزء منه ، ولابدل جزء منه ، فلايثبت فيها حكم الرّهن (٤) .

أدلّة القول الثّانى :

استدلّ الشّافعيّة وابن حزم على أنّ الزّيادة المنفصلة

---

(١) انظر : ف : البدائع ١٥٢/٦ ، تبيين الحقائق ٩٤/٥ .
ل : المغنى ٤٣٠/٤ .
(٢) انظر : نفس المرجع السابق للحنابلة .
(٣) انظر : نفس المرجع السابق للحنابلة أيضا .
والتدبير معناه : تعليق العتق بالموت سمى بذلك لأن الموت دبر الحياة .
انظر : الروض المربع ٢٦٦/٢ .
(٤) انظر : البدائع ١٥٢/٦ .

خارجة عن الرّهن بالأدلّة الآتية :

الأوّل : حديث (لَايَغْلَقِ ٱلرَّهْنُ . لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ)(١) والزّيادة المنفصلة من الغنم فوجب ان تكون للرّاهن(٢) .

والثّاني : حديث (الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَلَبَنُ ٱلدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ...)(٣) .

وحديث (ٱلرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ)(٤) .

فإنّ من رهن ذات درّ وظهر لم يمنع الرّاهن درّها وظهرها لأنّ له رقبتها وهي محلوبة ومركوبة كما كانت قبل الرّهن ، ولايمنع الرّاهن برهنه إياها من الدّرّ والظّهر الّذى ليس برهن .

وهذا يقال فى كلّ زيادة منفصلة للرّهن(٥) .

والثّالث للشّافعيّة : أنّهم قاسوا الرّهن على الإجارة بجامع انّ كلا منهما عقد لايزيل الملك فلايسرى إلى الزّيادة المنفصلة(٦) .

أدلّة القول الثّالث :

استدلّ المالكيّة على التّفريق بين الزّيادة المنفصلة الّتى من جنس الرّهن فتكون رهنا والّتى من غير جنسه فلاتكون بالقياس :

---

(١) سبق تخريجه فى مبحث : لمن الحق فى الانتفاع بالرهن ص ٣٤٧ .
(٢) انظر : المهذب ٣١٧/١ ، الأم ١٤٧/٣ .
(٣) سبق تخريجه فى مبحث : لمن الحق فى استدامة حبس الرهن ص ٣٣٩ .
(٤) سبق تخريجه فى نفس المبحث السابق ص ٣٣٩ .
(٥) انظر : الأم ١٤٥/٣ ، المحلى ٨٩/٨ .
(٦) انظر : المهذب ٣١٧/١ ، مغنى المحتاج ١٣٩/٢ .

فقاسوا الزّيادة المنفصلة الّتى من غير جنس الرّهن على مال العبد والثّمر إذا بيع العبد والشّجر فإنه لايتبعه .

وقاسوا الزّيادة المنفصلة الّتى من جنسه على الزّيادة المتصلة فإنّها تتبع الرّهن (١) .

التّرجيح :

والرّاجح هو ماذهب إليه الشّافعيّة ومن معهم لظاهر الحديث . فلاتكون الزّيادة المنفصلة رهناً وبالتالى لاحقّ للمرتهن فيها لأنّه قد ارتضى العين الّتى تمّ العقد عليها والزّيادة ليست منها .

---

(١) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٥/٢٤٠،٢٤١ .

المبحث الرّابع

لمن الحقّ في الاستيفاء من الرّهن

يتزاحم حقّ المرتهن مع الغرماء فيما لو فلّس الرّاهن ، كما يتزاحم حقّه مع الورثة فيما لو مات الرّاهن ،او مع الورثة والغرماء فيما لو مات مفلسا .

وابيّن هنا المقدّم في هذا التّزاحم وذلك في المطلبين الآتيين :

المطلب الأوّل : ما إذا فلّس الرّاهن

إذا فلّس الرّاهن بعد إقباض الرّهن : تعلّقت حقوق الغرماء بماله ـ كما قدّمت ذلك في فصل الحقّ المتعلّق بالمال الّذي حكم على صاحبه بالتّفليس ـ إلاّ انّ المرتهن يختصّ بالرّهن دونهم .

لأنّ حقّه متعلّق بعين الرّهن ، وبقيّة الغرماء تعلّقت حقوقهم بذمّة المفلس .

فإذا بيع الرّهن : فإن كان ثمنه يساوى دين المرتهن أخذه ، وإن كان فيه فضل عن دينه ردّ الباقى على الغرماء ، وإن فضل من دينه شيء أخذ الثّمن وضرب مع الغرماء ببقيّة دينه (١) .

---

(١) انظر : ف : تكملة البحر الرائق ٢٦٣/٨ ، درر الحكام ١٢٣/٢ مادة (٧٢٩) وشرحها ، أحكام القرآن للجصاص ٥٢٤/١ ، البدائع ١٥٣/٦ .
م : مواهب الجليل ٣/٥ .
ش : العزيز ١٢٥/١٠ ، روضة الطالبين ١٤١/٤ ، شرح منهج الطلاب ٣٨٠/٢ .
ل : المغنى ٤٤٧/٤ ، الانصاف ١٨٨/٥ ، كشاف القناع ٤٣٦/٣ .

المطلب الثّاني : ما إذا مات الرّاهن

إذا مات الرّاهن فإنّ المرتهن أحقّ بالرّهن أيضا في قول جمهور الفقهاء سواء أكان الرّاهن مفلساً فيقدّم المرتهن على سائر الغرماء كالحال السّابقة (١) ، أم كان غير مفلس فيقدّم المرتهن على الورثة بل إنّه يقدّم على مؤن التّجهيز إذا لم يترك المتوفّى غير هذا الرّهن . وذلك عند الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة :

لأنّ حقّ المرتهن متعلّق بالعين .

وخالف في ذلك الحنابلة فقالوا : يبدأ من تركة الميّت بتجهيزه بالمعروف سواء تعلّق بها حقّ رهن أو غيره أم لم يتعلّق .

قياساً على حياته فإنّ حوائج الإنسان مقدّمة على ديونه (٢) .

ويأتي ترجيح مذهب الجمهور في فصل الحقوق المتعلّقة بالتّركة من باب الحقوق المتعلّقة بالمال إن شاء الله .

وقال ابن حزم الظّاهري : إذا مات الرّاهن بطل الرّهن ووجب ردّ الرّهن إلى ورثة الرّاهن وحلّ الدّين المؤجّل ولايكون المرتهن أولى بثمن الرّهن من سائر الغرماء حينئذ (٣) .

---

(١) انظر : نفس المراجع السابقة في المطلب الأول .
(٢) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ ، الدر المختار ٤٨٣/٥ .
م : الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٦١٧،٦١٥/٤ ، مواهب الجليل ٤٠٥/٦ .
ش : روضة الطالب ١١١،١١٠/٢ ، مغني المحتاج ٤٠/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٠٣/٤ .
(٣) انظر : المحلى ١٠٠/٨ .

واستدلّ على ذلك : بقوله تعالى : {وَلَاتَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا}(١) .

ووجه الدّلالة منه : انّ عقد الرّهن من كسب الرّاهن وبموته انقطع عمله وانتقل جميع مال الرّاهن إلى ورثته بما فيه الرّهن ، او إلى غرمائه والمرتهن احدهم فلايحقّ له الاختصاص به بل يجب ردّه إليهم لانّه مالهم وقد قال الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ)(٢) .

ويجاب على قوله :

بأنّ الآية بعيدة الدّلالة عمّا قال لأنّها إخبار عن الواقع يوم القيامة في جزاء اللّه تعالى وحكمه وعدله وأنّ النّفوس انّما تجازى بأعمالها إن خيرا فخير وإن شرا فشر وأنّه لايحمل من خطيئة أحد على أحد(٣) .

إضافة إلى أنّ عقد الرّهن من كسب الرّاهن التزمه في حياته واقبضه فصار داخلا في قوله تعالى : (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)(٤) ولافرق بعد ذلك بين حياة الرّاهن أو وفاته .

وأيضا فإنّ قول ابن حزم يتعارض مع ماثبت انّه صلّى اللّه عليه وسلّم توفي ودرعه مرهونة وافتكها أبو بكر رضي اللّه

---

(١) سورة الأنعام : ١٦٤
(٢) انظر : المحلى ١٠٠/٨ بتصرف .
والحديث صحيح .
انظر : صحيح مسلم ، كتاب القسامة ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ١٠٨/٥ .
(٣) انظر : تفسير ابن كثير ١٩٩/٢ ، تفسير الفخر الرازي ١٤/١٤ .
(٤) سورة البقرة : ٢٨٣

عنه بعد وفاة النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم (١) .

فظهر بذلك أنّ الرّاجح هو اختصاص المرتهن بالاستيفاء من الرّهن سواء كان ذلك فى حياة الرّاهن أم بعد وفاته . واللّه أعلم .

---

(١) فقد أخرج البخارى بسنده الى عائشة رضى الله عنها انها قالت : توفى النبى صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين يعنى صاعا من شعير .
وقال ابن حجر فى فتح البارى : (ذكر ابن الطلاع فى الأقضية النبوية أن عليا قضى ديونه . وروى اسحاق بن راهويه فى سنده عن الشعبى مرسلا أن أبا بكر افتك الدرع وسلمها لعلى بن أبى طالب) .
انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب المغازى باب حدثنا قبيصة ١٥١/٨ .
فتح البارى ١٤٢/٥ كتاب الرهن ، باب من رهن درعه .

الفصل الخامس

شادية كتاني

حق البائع والمستأجر للعمل فيه والملتقط

وفيه

ثلاثة مباحث

الأول: حق البائع في المبيع إذا لم يقبض الثمن

والثاني: حق الأجير في المستأجر للعمل فيه

والثالث: حق الملتقط في اللقطة إذا أنفق عليها

الفصل الخامس

الحقّ في المبيع والمستأجَر للعمل فيه واللّقطة

ظهر لنا في الفصل السّابق تزاحم الدّائن والمدين على الرّهن ، ويظهر تزاحمهما أيضا فيما لو كان تحت يد الدّائن مال للمدين كمبيع لم يقبض ثمنه أو مستأجَر فيه لم يقبض أجرته ، أو لقطة أنفق عليها ولم يقبض النّفقة من صاحبها .

ففي هذه الأحوال يتزاحم الاثنان على هذا المال :

الدّائن يريد حبسه ليستوفي ماله من الدّين .

والمدين يريد أخذه لأنّه مالك له .

فهل يثبت للدّائن حقّ الحبس هذا ، أو لايثبت له ذلك ويقدّم حقّ المدين ؟

هذا ماسأبيّنه بإذن اللّه في المباحث الآتية :

المبحث الأوّل

حقّ البائع في المبيع اذا لم يقبض الثمن

يتزاحم البائع والمشترى على المبيع فيما إذا لم يقبض البائع الثّمن :

فالمشترى يريد أن يقبض المبيع باعتباره صار مالكا له بالعقد والبائع يريد حبسه حتى يستوفي الثّمن .

فهل يملك البائع حقّ الحبس هذا ويكون مقدّما على حقّ المشترى أو لايملك ؟

الحكم فى هذه المسألة مبنيّ على بيان من تجب عليه البداءة بالتّسليم فى عقد البيع لذا سأمهّد بذكر ذلك ثمّ أبيّن مايبنى عليه .

تمهيد

على من تجب البداءة بالتّسليم في عقد البيع ؟

من المعلوم انّ البيع من عقود المعاوضات الماليّة الّتى احلّها اللّه تبارك وتعالى لسدّ حاجات النّاس فى قوله تعالى : {وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ}(١) وجاءت السّنّة النّبويّة المطهّرة مؤكّدة لذلك ومبيّنة له .

وهذا العقد يقتضي المساواة بين طرفيه فى التّسليم والتّسلم فيلزم كلّ منهما تسليم ماعنده إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا فيمن يجب عليه التّسليم أوّلا :

(أ) فقال الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة في قول لهم : يجب على المشترى تسليم الثّمن أوّلا(٢) .

لأنّ العقد يقتضى المساواة وحقّ المشترى قد تعيّن فى المبيع فيسلّم هو الثّمن أوّلا ليتعيّن حقّ البائع فيه كما تعيّن حقّ المشترى في المبيع إذ الثّمن لايتعيّن إلاّ بالقبض(٣) .

ولأنّ المبيع فى يد بائعه كالرّهن بالثّمن(٤) .

(ب) وقال الحنابلة والشّافعيّة فى قول ثان لهم : يجبر البائع على تسليم المبيع ثمّ يجبر المشترى على تسليم الثّمن .

---

(١) سورة البقرة : ٢٧٥
(٢) انظر : ف : الدر المختار ورد المحتار ٤٢/٤ ، تبيين الحقائق ١٤/٤ ، المبسوط ١٩٢/١٣ ، فتح القدير ٢٩٦/٦ .
م : القوانين الفقهية ص ١٦٤ ، حاشية الدسوقى ١٤٧/٣ ، حاشية الصاوى ٢٠٠/٣ .
ش : العزيز ٤٦٣/٨ ، المنهاج بشرح مغني المحتاج ٧٤/٢
(٣) انظر : المراجع السابقة للحنفية والشافعية .
(٤) انظر : المراجع السابقة للمالكية فى رقم (٢) .

لأنّ تسليم المبيع يتعلّق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه اولى . سيّما مع تعلّق الحكم بعينه ، وتعلّق حقّ البائع بالذّمّة وتقديم ماتعلّق بالعين أولى لتأكّده ، ولذلك يقدّم الدّين الّذى أخذ رهنا به على ماتعلّق بالذّمّة (١) .

(ج) وقال الظّاهريّة والشّافعيّة في قول ثالث لهم : إنّ المتبايعين يجبران معا على التّسليم .

لأنّ كلّ واحد منهما يستحقّ قبض ماعند الآخر (٢) .

وقاسه الشّافعيّة على ما إذا كان لكلّ واحد منهما وديعة عند الآخر وتنازعا (٣) .

كما قاسوه على ما إذا كان لأحد المتبايعين على الآخر دراهم وللآخر عليه دنانير (٤) .

مايبنى على الخلاف السّابق :

ويبنى على الخلاف السّابق الخلاف فى أحقّيّة البائع بحبس المبيع حتّى يقبض الثّمن .

فمن قال : تجب البداءة بالمشترى : فإنّه أثبت للبائع حقّ حبس المبيع حتّى يستوفي الثّمن (٥) .

ولكن يشترط لذلك شروط تؤخذ من كلام الفقهاء :

الأوّل : أن يكون الثّمن حالاً ، فلايثبت حقّ الحبس إذا كان

---

(١) انظر : ش : العزيز ٤٦٣/٨ ، مغنى المحتاج ٧٤/٢ .
ل : المغنى ٢١٨/٤ ، كشاف القناع ٢٣٩/٣ ، شرح منتهى الارادات ١٨٧/٢ .
(٢) انظر : ش : العزيز ٤٦٢/٨ ، المهذب ٣٠٢/١ .
ظ : المحلى ٤٨/٨ .
(٣) انظر : العزيز ٤٦٢/٨ .
(٤) انظر : المهذب ٣٠٢/١ .
(٥) انظر : نفس المراجع السابقة للقائلين بذلك ص ٣٦٢ .

الثّمن مؤجّلاً (١) .

والثّاني : أن يكون البيع من نوع البيع المطلق أى مبادلة المال بالثّمن (٢) .

أمّا في الصّرف (٣) والمقايضة (٤) فالمفروض أن يتقابض المتبايعان معاً لأنّ التّقابض شرط في الصّرف ، وفي المقايضة ليس أحد المبيعين أولى من الآخر .

وأمّا من قال : تجب البداءة بالبائع فإنّه لم يثبت له حقّ الحبس . وهم الحنابلة والشّافعيّة في قول لهم . وإن كانوا قد قالوا :

إذا أُجبِر البائع على تسليم المبيع فسلّمه :

فإن كان الدّين الحال ـ وهو الثّمن غائباً عن المشترى في البلد : فإنّه يحجر عليه في المبيع وسائر أمواله حتّى يسلّم الثّمن خوفا من أن يتصرّف في ماله تصرّفا يضرّ بالبائع .

وإن كان غائبا عن البلد مسافة القصر : فالبائع مخيّر بين أن يصبر إلى أن يوجد ، وبين أن يفسخ العقد لأنّه قد تعذّر عليه الثّمن كما لو ظهر أنّ المشترى مفلس .

وإن كان دون مسافة القصر : فله الخيار في أحد القولين عندهم لأنّ فيه ضرراً عليه .

---

(١) انظر : رد المحتار ٤٢/٤ ، حاشية الشلبى ١٤/٤ ، المبسوط ١٩٢/١٣ ، شرح المجلة العدلية لسليم رستم ص ١٤٥ ، مادة (٢٧٨) وشرحها .

(٢) انظر : حاشية الصاوى ٢٠٠/٣ ، حاشية الدسوقى ١٤٧/٣ ، النظرية العامة للموجبات والعقود د. صبحى محمصانى ص ٥٢٣ .

(٣) وهو بيع النقد بالنقد .
انظر : درر الحكام ٩٩/١ المادة (١٢١) .

(٤) وهى بيع العين بالعين أو بمعنى آخر مبادلة مال بمال غير النقدين .
انظر : نفس المرجع السابق المادة (١٢٢) .

والقول الثّانى : لاخيار له لأنّ مادون مسافة القصر بمنزلة الحاضر[(١)] .

ومعنى هذا أنّه يحجر عليه كما إذا كان فى البلد .

تعقيب وترجيح :

ومن قول الشّافعيّة والحنابلة بالحجر على المشترى حتّى يسلّم الثّمن إن كان فى البلد ، وبثبوت حقّ الفسخ له إن كان الثّمن بعيدا مسافة القصر يظهر :

انّهم يلتقون مع الحنفيّة والمالكيّة فى انّ البائع مقدّم فى الاختصاص بمبيعه حتّى يقبض الثّمن وأنّ المشترى لايزاحمه فى ذلك وإن كان قد ملك المبيع مالم يسلّم الثّمن .

إلاّ أنّنى ارى انّ الرّاجح هو ماذهب إليه الحنفيّة والمالكيّة لأنّ بقاء المبيع فى يد البائع محبوساً اولى من تسليمه ومن ثمّ الحجر على المشترى أو ثبوت الفسخ للبائع . وفي هذا يقول ابن قدامة رحمه اللّه : (إنّ ماأثبت الحجر والفسخ فهو أولى أن يمنع التّسليم لأنّ المنع أسهل من الرّفع والمنع قبل التّسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التّسليم)[(٢)] .

ويقول ابن القيّم رحمه اللّه : (والصحيح أنّ البائع يملك حبس السّلعة على الثّمن حتّى يقبضه هذا موجب العدل وإلاّ ففي تمكين المشتري من القبض قبل الإقباض إضرار بالبائع

---

(١) انظر : نفس المراجع السابقة لهم فى المسألة التى بنى عليها الخلاف ص ٣٦٢ .

(٢) انظر : المغنى ٢٢٠/٤ .

فإنّه قد يتلف المبيع بان يكون طعاماً او شراباً فيستهلكه ويتعذر او يعسر عليه مطالبته بالثّمن فيضرّ به ولايزول ضرره إلاّ بحبس المبيع على ثمنه) (١) .

هذا وأشير هنا إلى انّ الرّافعى رحمه اللّه اعتبر تخريج القول بحبس البائع للمبيع على الاختلاف فى البداءة بالتّسليم توهّما والّذى يظهر خلاف ذلك لانّ من اثبت للبائع حقّ الحبس فى حال الاختلاف فى التّسليم فقط فلان يثبت له ذلك فى كلّ حال اولى مالم يكن الثّمن مؤجّلا لرضاه بتاخيره .

ثمّ قال الرّافعى بعد ذلك : (نازع الاكثرون فى ذلك وقالوا : هذا الخلاف مفروض فيما إذا كان نزاع البائع في مجرّد البداءة وكان كلّ واحد منهما يبذل ماعليه ولايخاف فوت ماعند صاحبه ، فامّا إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفا من تعذّر تحصيل الثّمن فله ذلك بلاخلاف) (٢) .

وهذه هي النّتيجة الّتى أريد الوصول إليها واللّه أعلم

---

(١) اغاثة اللهفان ٤١/٢ .
(٢) العزيز ٤٨٩/٨ .

المبحث الثّاني

حقّ الأجير في المستأجَر للعمل فيه

إذا قام الأجير بعمله في العين المستأجَر على العمل فيها ولم يتسلّم اجرته : فعندئذ يتزاحم حقّه في هذه العين نظراً لما قام به من العمل فيها ، وحقّ مالكها الّذى استأجره للقيام بالعمل فيها . فأىّ الحقّين يقدّم ؟

اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من قدّم حقّ الأجير على المالك واثبت له حقّ حبس العين المستأجَر على العمل فيها حتّى يستوفي أجرته ، ومنهم من قدّم حقّ المالك ولم يثبت للأجير حقّ الحبس وكان خلافهم على النّحو الآتي :

- فقد قال ابو حنيفة وصاحباه والمالكيّة والحنابلة والشّافعيّة في قول لهم : يحقّ للأجير ان يحبس العين المستأجَر على العمل فيها بشروط يأتي ذكرها . إلاّ انّ الحنابلة قيّدوه بما إذا افلس المستاجر امّا إذا لم يفلس فلايحقّ للأجير الحبس فإن حبس كان غاصبا (١) .

- وقال الشّافعيّة في قول آخر لهم وزفر من الحنفيّة : لايحقّ له الحبس (٢) .

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ١١١/٥ ، درر الحكام ٤٧٠/١ المادة (٤٨٢* وشرحها .
م : الشرح الكبير ٢٨٨/٣ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٨٧/٥ ، التاج والاكليل ٥٤/٥ ، الشرح الصغير ٣٧٦/٣ .
ل : شرح منتهى الارادات ٣٧٩/٢ ، كشاف القناع ٣٧/٤ .
ش : المهذب ٤١٧/١ .

(٢) انظر : المهذب ٤١٧/١ ، تبيين الحقائق ١١١/٥ .

الأدلّـــــة

أدلّة القول الأول :

استدلّ القائلون بأحقيّة حبس الأجير للعين المستأجَر فيها حتّى يستوفي أجرتها بما يأتي :

الأوّل : القياس على حبس البائع للمبيع لأنّ المعقود عليه وصف في المحلّ فكان للعاقد حقّ الحبس لاستيفاء البدل في كلّ (١) .

والثّاني : القياس على الرّهن بجامع أنّ العين تكون تحت اليد في كلّ فيكون صاحب اليد أحقّ بها (٢) .

وعلّل الحنابلة ماقالوه من أنّه يحقّ للأجير حبس العين المستأجَر فيها فيما إذا أفلس المستاجر :

بأنّ العمل الّذى هو عوض الأجرة موجود في تلك العين ، فملك حبسه مع ظهور عسرة المستاجر كمن أجّر عينا يملكها لإنسان بأجرة حالّة ثم ظهرت عسرة المستاجر فإنّ للمؤجر حبسها وفسخ الإجارة .

وأمّا إذا لم يفلس المستاجر : فلايحقّ للأجير حبس العين عند الحنابلة لأنّه لم يرهنه عنده ولاأذن له في إمساكه ولايتضرّر بدفعه قبل أخذ أجرته (٣) .

---

(١) انظر : نفس المراجع السابقة .
(٢) انظر : الشرح الكبير ٢٨٨/٣ ، الشرح الصغير ٣٧٦/٣ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٨٧/٥ ، التاج والاكليل ٥٤/٥ .
(٣) انظر : شرح منتهى الارادات ٣٧٩/٢ ، كشاف القناع ٣٧/٤.

أدلّة القول الثّانى :

استدلّ القائلون بأنّه لايحقّ للأجير حبس العين المستأجَر فيها بما يأتى :

الأوّل : القياس على ما إذا قام الأجير بالعمل فى بيت المستأجِر . بجامع أنّ المعقود عليه صار مسلّما إلى مالكه باتصاله بملكه فيسقط حقّ الحبس به كالقبض بيده (١) .

والثّاني : القياس على ما إذا استؤجر الأجير ليحمل متاعا فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة (٢) .

مناقشة الأدلّة :

نوقشت أدلّة القول الثّانى بما يأتى :

أوّلا : أنّ قياسهم الأوّل قياس مع الفارق .

لأنّ اتصال العمل بالمحلّ ضرورة إقامة العمل فلم يكن الأجير راضيا بهذا الاتصال من حيث إنّه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمله إذ لاوجود للعمل إلاّ به فكان مضطرا إليه والرّضا لايثبت مع الاضطرار . .

وليس هذا كعمله فى بيت المستاجِر لأنّ العين فيه فى يد المستاجِر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل ان يتحرّز عنه بأن يعمل فى منزل نفسه فلم يكن مضطراً إليه فيكون راضيا بالتّسليم مع إمكان التّحرز فيبطل حقّه فى الحبس ونظيره ما إذا سلّم المبيع برضاه ليس له أن يسترده ، ونظير الأوّل

(١) انظر : تبيين الحقائق ١١١/٥ .
(٢) انظر : المهذب ٤١٧/١ .

ما إذا قبض المشترى بغير رضاه كان للبائع أن يسترده .(١)

وثانياً : أنّ القياس الثّانى قياس مع الفارق أيضا .

لأنّ المتاع فى الصّورة المقيس عليها لم يتعلّق به حقّ للأجير سوى الحمل على أنّ المالكيّة يقولون بأحقيّة الحبس فى هذه الحال أيضا . ويأتى ذلك .

التّرجيح :

والّذى يظهر لي أنّ الرّاجح هو قول الجمهور من أنّه يحقّ للأجير أن يحبس العين المستأجَر فيها حتّى يستوفي أجرته سواء أكان المستاجر مفلسا أم غير مفلس .

لأنّ التّفريق الّذى ذكره الحنابلة بين الحالين غير ظاهر إذ سبب الحبس فيهما واحد وهو رغبة الأجير فى حماية حقّه ، كما أنّ الأجير يتضرّر بدفع العين قبل أخذ الأجرة خلافا لما قالوه فقد يماطله المستاجِر فيؤدى ذلك إلى تأخير حقّه أو ضياعه .

ولكن يشترط لأحقيّة الأجير بالحبس شروط تؤخذ من كلام الفقهاء :

الأوّل : أن تكون العين المستاجَر فيها تحت يد الأجير وفى حيازته .

امّا إذا كانت تحت يد المستاجِر فلاحقّ للأجير فيها لأنّ ذلك كتسليمها .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١١١/٥ .

وهذا الشّرط نص عليه الحنفيّة والمالكيّة [١] .

والثّاني : أن تكون الأجرة حالّة غير مؤجّلة .

أمّا إذا كانت مؤجّلة فلاحقّ للأجير في الحبس لأنّه رضي بالتّأخير .

وهذا الشّرط نصّ عليه الحنفيّة [٢] .

والثّالث : أن يكون لعمل الأجير اثر في العين المستأجَر على العمل فيها سواء أكان عينا مملوكة للأجير أم مجرّد عمل أدخله عليها .

وأمّا إذا لم يكن لعمله أثر في العين فإنّه لايحبس العين للأجر .

وهذا في الأصحّ عند الحنفيّة وهو المفهوم من كلام الشّافعيّة والحنابلة [٣] .

أمّا المالكيّة فلم يعتبروا هذا الشّرط ويظهر ذلك من نصوصهم ومنها مايأتي :

الأوّل : أنّ الرّاعي أحقّ بالماشية إذا كان لايبيت بها عند ربها بل يبيت بها بداره [٤] .

الثّاني : أنّ صاحب الدّابّة أو السّفينة المكتراة أحقّ بالمحمول عليها من أمتعة المكتري إذا أفلس أو مات يأخذه في أجرة دابّته أو سفينته وإن لم يكن معها [٥] .

---

(١) انظر : ف : درر الحكام ٤٧١/١ ، شرح المجلة لسليم رستم ص ٢٧٠ .
م : شرح الزرقاني على خليل ٢٨٧/٢ ، الشرح الصغير ٣٧٦/٣ .

(٢) انظر : المراجع السابقة للحنفية .

(٣) انظر : الدر المختار ١١/٥ ، حاشية الشلبي ١١١/٥ ، المهذب ٤١٧/١ ، كشاف القناع ٣٧/٤ .

(٤) انظر : البهجة شرح التحفة ٣٣٥،٣٣٤/٢ .

(٥) انظر : الشرح الكبير ٢٨٩/٣ .

المبحث الثّالث

حقّ الملتقط في اللّقطة إذا أنفق عليها

إذا كانت اللّقطة مما يحتاج إلى النفقة ، وأنفق عليها الملتقط فإنّه بهذا الإنفاق يصبح له حقّ فيها ، فمتى عرف ربّها وأراد استردادها : ظهر التّزاحم بين الحقّين :

حقّ الملتقط في حبسها باعتباره منفقا عليها .

وحقّ ربها في استردادها باعتباره مالكا لها .

ولمعرفة المقدّم منهما نحتاج إلى تمهيد ومطلبين :

تمهيد

تعريف اللّقطة ، والأصل فيها والتّعريف بها ، ومايصنع بها بعده

تعريف اللّقطة :

اللّقطة فيها لغات أشهرها بضمّ اللاّم وفتح القاف (١) .

وهي في الاصطلاح : مال معصوم معرّض للضّياع (٢) .

وَأَلْحَقَ الشّافعيّة والحنابلة بالمال المختصّات الضّائعة ومثّل لها الشّافعيّة بمال الحربي الّذي دخل دارنا بأمان ومثّل لها الحنابلة بخمر الخلال (٣) .

الأصل في اللّقطة :

ما أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى زيدِ بْنِ خَالدٍ ٱلجُهَنِيّ (٤) أَنّه قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى ٱلنَّبِيِّ صَلَّى ٱللّه عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَأَلَهُ عَنِ ٱللُّقَطَةِ فَقَالَ : ٱعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاّ فَشَأْنَكَ بِهَا . قَالَ : فَضَالَّةُ ٱلْغَنَمِ ؟ قَالَ هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ . قَالَ : فَضَالَّةُ ٱلإِبِلِ ؟ قَالَ : مَالَكَ وَلَهَا ؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ ٱلْمَاءَ وَتَأْكُلُ ٱلشَّجَرَ حَتَّى

---

(١) انظر : القاموس المحيط ، باب الطاء ، فصل اللام مادة (لقط) ، المصباح المنير ، اللام مع القاف ومايثلثهما نفس المادة السابقة .

(٢) انظر : رد المحتار ٣١٨/٣ ، الشرح الكبير ١١٧/٤ ، مواهب الجليل ٦٩/٦ .

(٣) انظر : ش : حاشية القليوبي ١١٥/٣ ، مغني المحتاج ٤٠٦/٢ .
ل : شرح منتهى الارادات ٤٧١/٢ ، كشاف القناع ٢٠٨/٤ ، المبدع ٢٧٣/٥ .

(٤) هو أبو عبد الرحمن ويقال ابو طلحة المدني . صحابي جليل توفي سنة ثمان وسبعين وقيل ثمان وستين .
انظر : تهذيب التهذيب ٣٥٤/٣ .

يَلْقَاهَا رَبُّهَا .(١)

التّعريف باللّقطة :

إذا التقطت اللّقطة لزم الملتقِط تعريفها بأن يقول : من ضاع له مال فليخبر بعلامته .

ويكون ذلك في أماكن تجمع النّاس كالأسواق وابواب المساجد . ويمكن ان تقوم وسائل الإعلام حاليّا بهذه المهمّة – ويأتي الكلام عمن يتحمل كلفة التعريف – .

والدّليل على لزوم التّعريف : قوله صلّى اللّه عليه وسلّم في الحديث المتقدّم : (عرّفها سنة) .

ومحلّ التّعريف : إذا لم يعرف مالكها فإن عرف ردّت إليه

ومدّة التّعريف : تختلف باختلاف المال الملتقَط :

– فالمال الكثير الّذي تلتفت إليه النّفوس كلّ الالتفات يعرّف حولا كاملا كما يظهر من الحديث السّابق .

– والمال اليسير الّذي لاتلتفت إليه النّفس عادة

---

(١) انظر : صحيح البخاري ، كتاب اللقطة ، باب اذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها ٩٢/٣ .
صحيح مسلم ، أول كتاب اللقطة ١٣٤/٥ .
واليك بيان ألفاظ الحديث :
العفاص – بكسر المهملة وتخفيف الفاء – : الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو غيره من العفص وهو الثني والعطف .
انظر : النهاية في غريب الحديث ٢٦٣/٣ .
الوكاء – بكسر الواو والمد – الخيط الذي تشد به الصرة والكيس وغيرها .
انظر : النهاية ٢٢٢/٥ .
والا فشأنك بها : الشأن الحال . أي تصرف فيها .
وهو بالنصب أي الزم شانك بها .
ويجوز الرفع بالابتداء ، والخبر (بها) أي شانك متعلق بها .
انظر : فتح الباري ٨٤/٥ .

كالتّمرة والكسرة من الخبز : لايعرّف لأنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم لمّا مرّ بتمرة فى الطّريق قال : (لَوْلَا أَنِّى أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا)(١) .

– ومابين هذين القسمين : وهو مايغلب على الظّنّ أنّ فاقده لايكثر أسفه عليه ولايطول طلبه له غالبا ، وقدّره البعض بما لاتقطع فيه يد السّارق :

فإنّ للفقهاء فيه قولين :

أحدهما : أن يعرّف زمناً يُظَنّ أنّ فاقده يعرض عنه غالبا . وهو قول الحنفيّة وأكثر المالكيّة والأصح عند الشّافعيّة .

والثّاني : يعرّف حولاً كاملاً لعموم الأخبار الواردة بالتّعريف حولا كاملا . وبذلك قال الحنابلة وهو قول للمالكيّة والشّافعيّة(٢) .

فإذا جاء ربّ اللّقطة عند تعريفها وتبيّن أنّها له : أخذها لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ)(٣) .

---

(١) هذا الحديث صحيح اخرجه البخارى ومسلم بسندهما الى أنس رضى الله عنه واللفظ للبخارى .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب اللقطة ، باب اذا وجد تمرة فى الطريق ٩٤/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى آله ١١٧/٣ .

(٢) انظر : ف : البدائع ٢٠٢/٦ ، الهداية ١٧٥/٢ .
م : الشرح الصغير ١٧٠/٤ ، شرح الزرقانى على خليل ١١٣/٧ .
ش : مغنى المحتاج ٤١٤/٢ ، المهذب ٤٣٧/١ ، روضة الطالبين ٤١٠/٥ .
ل : المغنى ٢٩٧/٥ ، كشاف القناع ٢٠٩/٤ ، ٢١٥ .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٤٢ .

مايمنع الملتقط باللّقطة بعد التّعريف :

اختلف الفقهاء فيما إذا عرّف الملتقط اللّقطة المدة الكافية ولم يحضر ربّها :

فقال الحنفيّة : هو مخيّر بين إمساكها ، وبين التّصدق بها على الفقراء وإذا جاء ربّها بعد التّصدق بها كان مخيّرا بين إمضاء الصّدقة وبين تضمين الملتقط .

ودليلهم على ذلك : ماأخرجه البزّار والدّارقطنيُ بسندهما إلى أبى هريرة أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم سئل عن اللّقطة فقال : (لَاتَحِلُّ ٱللُّقَطَةُ فَمَنِ ٱلْتَقَطَ شَيْئاً فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ فَلْيُخَيِّرْهُ بَيْنَ ٱلأَجْرِ وَبَيْنَ ٱلَّذِي لَهُ) (١) .

وفسّروا قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (وإلّا فشأنك بها) (٢) بأنّه إرشاد إلى الاشتغال بحفظها لأنّ ذلك كان شأن المخاطب المعهود منه بالالتقاط لهذه الغاية وهى الحفظ .

وقال المالكيّة : إن للملتقط الخيارين اللّذين قال بهما الحنفيّة وزادوا خياراً ثالثا وهو أن ينوي الملتقِط تملّكها بعد التّعريف لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم (وإلّا فشأنك

---

(١) الحديث أخرجه البزار فى (مسنده) والدارقطنى فى (سننه) والطبرانى فى الصغير والأوسط . وفيه يوسف بن خالد السمتى وهو ضعيف . قال عنه ابن حجر العسقلانى : انه متروك وقد كذبه ابن معين . وقال عنه ابن حجر الهيثمى فى مجمع الزوائد : انه كذاب .
انظر : نصب الراية ٤٦٦/٣،٤٦٨ ، مجمع الزوائد ١٦٨/٤ ، الدراية ١٤٠/٢ ، تهذيب التهذيب ٣٦١/١١ ، تقريب التهذيب ٣٨٠/٢ .
سنن الدارقطنى ، فى الرضاع ١٨٢/٤ .
المعجم الصغير ٦١/١ .
(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .

بها) فإنّ ظاهره أنّ للملتقط الخيار بين الأمور الثلاثة (١) .

هذا إذا كان الملتقط غير الإمام أو الحاكم ، أمّا هو فليس له إلاّ حبسها أو بيعها لصاحبها ووضع ثمنها في بيت المال لمشقّة خلاص مافي ذمّته بخلاف غيره .

ويستثنى من جواز اللّقطة عندهم الإبل : فإنّه لايجوز التقاطها عندهم بل تترك وجوبا فإذا أخذت تعديا عرّفت سنة ثم تترك بمحلّها الّذى أخذت منه لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مالك ولها) (٢) .

ولهم قول آخر فيها وهو : أنّه إن خيف على الإبل من خائن أخذت وخيّر الملتقط بين تعريفها وبين بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها (٣) .

وقد روى الإمام مالك رحمه اللّه في الموطأ أَنَّهُ سَمِعَ اَبْنَ شِهَابٍ ٱلزُّهْرِيّ يَقُولُ : كَانَتْ ضَوَالُّ ٱلإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ اَلْخَطَّاب (رَضي اللّه عنه) إِبِلاً مُؤَبّلَةً تَنَاتَجُ لاَيُمْسِكُهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمانَ بْنِ عَفَّانَ (رضي اللّه عنه) أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِي ثَمَنَهَا (٤) .

---

(١) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .
(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٤ أيضا .
(٣) انظر : الشرح الصغير ٤/١٧٠-١٧٢ ، المنتقى للباجى ٦/١٣٩-١٤٠ .
(٤) انظر : الموطأ بشرح المنتقى ، كتاب الأقضية ، باب القضاء فى الضوال ٦/١٤٣ .

مؤبّلة : جاء في النهاية في غريب الحديث ١/١٦ : إذا كانت الإبل مهملة قيل إبل أَبَّل فإذا كانت للقنية قيل : إبل مؤبّلة أراد أنها كانت لكثرتها مجتمعة حيث لايتعرض إليها . اهـ
تناتج : أي تتوالد . انظر النهاية أيضا ٥/١٢

وعلى الملتقط أن يفعل الأنفع لربّها من تلك الخيارات .[(١)]

– وإن كانت اللّقطة مما لايخشى فساده : فالملتقط مخيّر بعد تعريفها بين إمساكها لصاحبها ، وبين تملّكها وغرم قيمتها إذا جاء ربّها عند الشّافعيّة للحديث السّابق أيضا (وإلاّ فشانك بها) .[(٢)]

وقال الحنابلة : تدخل اللّقطة في ملك الملتقط بعد الحول إلاّ أنّه ملك مراعى يزول بمجيء صاحبها .[(٣)]

واستدلّ الحنابلة على ذلك بألفاظ لحديث اللّقطة منها :[(٤)]

ما اخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى زيد بن خالد الجهنيّ وفيه : (عَرِّفْهَا سَنَةً ثُمَّ اَعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ اَسْتَنْفِقْ بِهَا فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ ...) .[(٥)]

وفي لفظ للبخاريّ : (... عَرِّفْهَا سَنَةً ثُمَّ اَسْتَمْتِعْ بِهَا فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ) .[(٦)]

وفي لفظ لمسلم : (... فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِهَا وَوِعَائِهَا وَوِكَائِهَا فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ) .[(٧)]

وفي لفظ آخر له : (وَإِلاّ فَاسْتَمْتِعْ بِهَا) .[(٨)]

---

(١) انظر : ش : المنهاج ومغني المحتاج ٤١١/٢ ، حاشية عميرة ١١٨/٣ ، المهذب ٤٣٩/١ .
ل : كشاف القناع ٢١٢/٤-٢١٨ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٤/٢-٤٧٦ .
(٢) سبق تخريجه ص ٣٧٤ .
(٣) انظر المراجع السابقة للشافعية والحنابلة في رقم (١)
(٤) انظر : كشاف القناع ٢١٨/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٦/٢
(٥) انظر : صحيح البخارى ، كتاب اللقطة ، باب اذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده ٩٥/٣ صحيح مسلم ، كتاب اللقطة ١٣٥/٥ .
(٦) انظر : صحيح البخارى ، كتاب العلم ، باب الغضب في الموعظة والتعليم اذا رأى مايكره ٣١/١ .
(٧) انظر : صحيح مسلم ، كتاب اللقطة ١٣٦/٥، ١٣٧ .
(٨) نفس المرجع السابق .

وقال الحنابلة : يحرم على غير الإمام التقاط الحيوان الّذى يمتنع من صغار السّباع لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مالك ولها دعها ...) (١).

فمن التقطها وحفظها لمالكها بالإنفاق عليها فلايحقّ له الرّجوع بالنّفقة لأنّه متعدّ (٢).

لقطة الحرم :

يقال فيها كلّ ماقيل فى لقطة الحلّ للأدلّة السّابقة من غير فصل بين لقطة الحلّ والحرم .

وذلك مذهب الحنفيّة والمالكيّة في المشهور عندهم والحنابلة وهو قول للشافعيّة (٣).

وقال الشّافعيّة فى الصّحيح من مذهبهم : لقطة الحرم تعرّف أبدا ولايجوز الانتفاع بها بحال، وهو قول الباجي من المالكية (٤) لخبر الصّحيحين : (إِنَّ هَـذَا ٱلْبَلَـدَ حَرَّمَهُ ٱللَّهُ لَايَلْتَقِطُ لُقَطَتَهُ إِلَّا مَنْ عَرَّفَهَا) (٥).

وفى رواية للبخارى : (لاتحل لقطته الا لمنشد) (٦).

---

(١) سبق تخريجه فى بيان الأصل فى اللقطة ص ٣٧٤ .
(٢) انظر : كشاف القناع ٢١٠/٤ .
(٣) انظر : ف : البدائع ٢٠٢/٦ .
م : الشرح الكبير ١٢١/٤ ، الشرح الصغير ١٧٢/٤ .
ش : مغنى المحتاج ٤١٧/٢ ، المهذب ٤٣٦/١ .
ل : كشاف القناع ٢١٨/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٧/٢ .
(٤) انظر المراجع السابقة للشافعية ، المنتقى ١٣٨/٦
(٥) انظر : صحيح البخارى ، كتاب اللقطة ، باب كيف تعرف لقطة الحرم ٩٤/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها ١٠٩/٤ .
(٦) وهذه الرواية أخرجها مسلم أيضا بلفظ (ساقطته) مكان (لقطته) .
انظر : صحيح البخارى ومسلم ، نفس الموضع السابق .

ويرد على هذا الاستدلال : بأنّ هذا حال كلّ لقطة إلاّ أنّه صلى اللّه عليه وسلّم خصّ لقطة الحرم بذلك لأنّ صاحبها لايوجد عادة فبيّن أنّ ذلك لايسقط التّعريف (١) .

---

(١) انظر : البدائع ٢٠٣/٦ ؛ وحاشية الدسوقي ١٢١/٤

المطلب الأوّل : الإنفاق على اللّقطة ومتى يكون

إذا كانت اللّقطة ممّا يحتاج إلى النّفقة كالطّعام والحفظ فإنّ الملتقط ينفق عليها .

ويظهر مما سبق أنّ الإنفاق يكون فى حالين :

الحال الأولى : الإنفاق على اللّقطة مدة التّعريف بها .

فينفق عليها الملتقط بما تحتاج إليه ومن ذلك أجرة التّعريف بها . إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا فى تلك الأجرة :

ـ فقال المالكيّة : إنّ للملتقط أن يعرّف اللّقطة بأجرة منها إن كان من ذوي الهيئات الّذين لايليق بمثلهم أن يشتغل بالتّعريف (١) .

ـ وقال الحنابلة : إنّ أجرة النّداء على اللّقطة على الملتقط لأنّه سبب في العمل ولايرجع بها على صاحبها إن عرف (٢) .

ـ وفرّق الشّافعيّة بين ما إذا أخذت اللّقطة للحفظ على مالكها وبين ما إذا أخذت للتّملّك فقالوا :

إن أخذت للحفظ على مالكها : فلاتلزم الملتقط مؤنة التّعريف بل يرتبها القاضي من بيت المال أو يقترض على المالك ، وللقاضي أن يأمر الملتقط بصرف المؤنة من ماله ليرجع على المالك أو يبيع بعضها إن رآه .

وإن أخذت اللّقطة للتّملّك : وجب على الملتقط تعريفها ولزمته مؤنة التّعريف سواء أتملّكها أم لا لأنّ الحظّ له (٣) .

---

(١) انظر : الشرح الصغير ١٧٠/٤ ، الشرح الكبير ١٢٠/٤ .
(٢) انظر : كشاف القناع ٢١٦/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٦/٢
(٣) انظر : مغنى المحتاج ٤١٤،٤١٣/٢ ، حاشيتى القليوبى وعميرة ١٢١/٣ ، روضة الطالبين ٤٠٨/٥ .

وينبغي أن يلاحظ هنا : أنّه إذا كانت أجرة التّعريف في مدّته لاتتأتى إلا بما يوازى قيمة اللّقطة : فإنّها تباع ويحفظ الثّمن على مالكها ويترك التّعريف . نبّه على ذلك القليوبى وعميرة رحمهما اللّه فى حاشيتيهما (١) .

والحال الثّانية : الإنفاق على اللّقطة بعد انتهاء مدّة التّعريف فيما إذا اختار الملتقط إمساك اللّقطة على صاحبها وله بعد ذلك أن يرجع بما أنفق على صاحبها ـ ويأتى ـ .

ويستثنى من ذلك الإنفاق على الضّوالّ الّتى تمتنع من صغار السّباع عند الحنابلة : فإنّه لايحقّ للملتقط أن يرجع بما أنفق لتعديه بالتقاطها . كما سبق إيضاح ذلك .

ويرجع به عند الحنفيّة لجواز التقاطها عندهم وهو مقتضى كلام المالكيّة ، والشّافعيّة ، فيما إذا التقطها للحفظ على مالكها (٢) .

---

(١) انظر : حاشيتى قليوبى وعميرة ١٢١/٣ .
والقليوبى هو : أبو العباس أحمد بن أحمد بن سلامة . شهاب الدين القليوبى المصرى الشافعى . فقيه متأدب من اهل قليوب فى مصر له حواش وشروح ورسائل . توفى سنة ١٠٦٩هـ .
انظر : الأعلام ٩٢/١ ، معجم المؤلفين ١٤٨/١ .
وعميرة هو : أحمد البرلسى المصرى الشافعى . شهاب الدين الملقب بعميرة : فقيه كان من أهل الزهد والورع وانتهت اليه الرياسة فى تحقيق المذهب وكان يدرس ويفتى حتى أصابه الفالج ومات به سنة ٩٥٧هـ له حاشية على شرح منهاج الطالبين للمحلى .
انظر : الأعلام ١٠٣/١ .

(٢) انظر : ف : البدائع ٢٠٠/٦ ، الدر المختار ورد المحتار ٣٢١/٣ .
م : المنتقى ١٤٣/٦ .
ش : مغنى المحتاج ٤٠٩/٢ ، المهذب ٤٣٨/١ .
ل : كشاف القناع ٢١٠/٤ .

المطلب الثّاني : تزاحم ربّ اللّقطة وملتقطها عليها

إذا عرف ربّ اللّقطة وكان الملتقط قد أنفق عليها أصبح لكلّ منهما حقّ في اللّقطة :

الأوّل باعتباره مالكا لها .

والثّاني باعتباره منفقا عليها .

غير أنّ الفقهاء اختلفوا في إثبات الحقّ للملتقط بناء على حاله :

– فإنّه إذا أنفق على اللّقطة متبرّعا : فلايحقّ له أن يرجع بما أنفق .

– وأمّا إذا أنفق ناوياً الرّجوع : فإمّا أن يكون قد استأذن الحاكم في الإنفاق ، وإمّا أن لايكون قد استأذنه :

فإن كان قد استأذنه وأمره به لأنّه الأصلح لربّها : فله حقّ الرّجوع بما أنفق .

لأنّ للحاكم ولاية على مال الغائب ، وللغائب فائدة في هذا الإنفاق .

وجاء في الهداية : (قال المشايخ إنّما يأمر الحاكم بالإنفاق عليها يومين أو ثلاثة أيام قدر مايرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأنّ دارة النّفقة مستأصلة (للعين) فلانظر للإنفاق مدة مديدة) (١) .

وبمثل ذلك قال الشّافعيّ رحمه الله في الأمّ (٢) .

---

(١) الهداية بشرح فتح القدير ١٢٦/٦ .
(٢) انظر : الأم ٢٩٠/٣ .

واشترط الحنفيّة هنا : ان يقيم الملتقِط البيّنة على أنّها لقطة لأنّه يحتمل أنّه غصبها فيحتال لإيجاب النّفقة على صاحبها ، وهذه البيّنة إنّما هي لكشف الحال بأنّها لقطة لاللقضاء على المدّعى عليه فتقبل مع غيبة صاحبها ، وإن لم يكن للملتقط بيّنة : فإنّه يملك الرّجوع بما أنفق عليها في الأصحّ عند الحنفيّة إذا قال له الحاكم بحضور شهود ثقات : أنفق عليها إن كنت صادقا .

وإنّما يقول بهذا التّقييد حذرا عن لزوم أحد الضّررين لأنّه لو أمر قطعا تضرّر المالك بسقوط الضّمان على تقدير الغصب ، ولو لم يأمر تضرّر الملتقط على تقدير اللّقطة وقد أنفق عليها (١) .

فمتى عرف رب اللّقطة : فإنّ عليه ان يدفع الدّين الّذى عليه للملتقط وهو مقدار النّفقة الّتى انفقها بإذن الحاكم (٢) .

وقد أثبت الحنفيّة والمالكيّة للملتقط منع اللّقطة من مالكها حتّى يحضر النّفقة بمعنى أنّه يملك حبسها حتّى يستوفي ما أنفق عليها كما يملك البائع حبس المبيع بالثّمن .

وتصير اللّقطة بالحبس شبيهة بالرّهن من حيث تعلّق الحقّ بها .

---

(١) انظر : فتح القدير وشرح العناية على الهداية ١٢٧/٦ ، رد المحتار ٣٢١/٣ .

(٢) انظر : ف : الهداية وشرح فتح القدير ١٢٧/٦ ، مجمع الأنهر ٧٠٧/١ ، الدر المختار ورد المحتار ٣٢١/٣، ٣٢٢ ، البدائع ٢٠٣/٦ .
م : المنتقى شرح الموطأ ١٤٣/٦ ، حاشية الزرقاني على خليل ١١٦/٧ .
ش : مغني المحتاج ٤١٠/٢ ، شرح الجلال على المنهاج ١١٨/٣ .
ل : كشاف القناع ٢١٥/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤٧٥/٢ .

(٣) انظر : المراجع السابقة للحنفية .

وقال المالكيّة : إنّ النّفقة في ذات اللّقطة كالجناية في رقبة العبد إن سلّمه المالك : فلاشيء عليه ، وإن اراد أخذه غرم أرش الجناية .

فإذا سلّم المالك اللّقطة للملتقط ولم توفّ اللّقطة بالنفقة فلارجوع للملتقط بالزّائد على ربّها بخلاف نفقة الرّهن فإنّها في ذمة الرّاهن (١) .

وقد خرج الحنفيّة والشّافعيّة من ذلك بقولهم : إنّ إذن الحاكم بالإنفاق ينبغي أن لايستأصل العين الملتقطة كما سبق ذلك عنهم وهو الّذي ينبغي أن يكون (٢) .

والّذي يظهر لنا مما سبق هو أنّ حقّ الملتقط في اللّقطة مقدّم على حقّ المالك في استردادها مادام قد أنفق بإذن الحاكم فله أن يحبسها إلى أن يدفع له المالك ماأنفقه عليها وإن أبى المالك ذلك : باعها الحاكم ودفع إلى الملتقط قدر ماأنفق كما هو الحال في الرّهن أو سلّمها إليه برضا المالك كما يقول المالكيّة .

وأمّا إذا لم يستأذن الملتقط الحاكم في الإنفاق على اللّقطة ولكنه أنفق غير متبرّع بل ناويا الرّجوع : فقد اختلف الفقهاء في ذلك :

- فقال المالكيّة والحنابلة : يحقّ له الرّجوع بما أنفق بل أثبت له المالكيّة حقّ الحبس حتّى يستوفي ما أنفق (٣) .

---

(١) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٢٣/٤ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ١٧٨/٤ ، شرح الزرقاني على خليل ١١٦/٧ .

(٢) انظر ماسبق عنهم في بداية المطلب ص ٣٨٥ .

(٣) انظر : م : المنتقى ١٤٣/٦ .
ل : كشاف القناع ٢١٤/٤ ، القواعد لابن رجب ص ١٣٨ .

وفي ذلك يقول ابن تيميّة رحمه اللّه : (مذهب مالك وأحمد بن حنبل المشهور عنه وغيرهما : أنّ كلّ من أدّى عن غيره واجبا فله ان يرجع به عليه إذا لم يكن متبرّعا وإن أدّاه بغير إذنه مثل من قضى دين غيره بغير إذنه) (١) .

وساق الادلّة على ذلك وقد سبق عرض هذه المسألة في الباب التّمهيدي وهي نوع من انواع الفضالة الفعليّة (٢) .

— وقال الحنفية والشافعية : اذا انفق الملتقط على اللقطة ولم يستاذن الحاكم : فلايحق له الرجوع فيما انفق . لقصور ولايته على مال الغير (٣) .

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٨/٣٠ .
(٢) انظر ماسبق في الباب التّمهيدي ص ٧١
(٣) انظر : ف : مجمع الأنهر ٧٠٧/١ .
ش : الأم ٢٩٠/٣ .

تعقيب

تبيّن لنا من هذا الفصل أنّ من كان دائنا وكان تحت يده مال مملوك للمدين : فإنّ حقّ الدّائن مقدّم على حقّ المدين في الرّاجح من أقوال الفقهاء وذلك بثبوت حقّ الحبس له لما تحت يده حتّى يستوفي دينه .

وهناك صورة يتصوّر فيها ذلك وهي : ما إذا أنفق المودَع - بفتح الدال - على الوديعة التى تحتاج إلى النّفقة بإذن الحاكم في حال عدم استطاعته الرّجوع على مالكها لغيبته : فعندئذ يكون ما أنفقه دَينا له على المالك فإذا جاء أجبره الحاكم على ردّه (١) .

ويلاحظ هنا أنّ الفقهاء لم يثبتوا للمودَع حقّ الحبس لما أنفق عليه كما أثبتوا ذلك للملتقط وأى فرق بينهما ؟!

فكلّ منهما أمين أنفق على ماتحت يده إلاّ أن يقال في الوديعة إنّ المودَع عرف مالكها وكان عليه ان يحتاط عندما أخذ الوديعة بأخذ نفقتها معها فلمّا ترك الحيطة لنفسه لم يثبتها له الشّارع بإعطائه حقّ التّوثّق بحبس الوديعة بل حفظ له حقّه برجوعه فيما أنفق فقط .

لكن يظلّ السّؤال قائما فيما لو اودع المودِع الوديعة ثم غاب غيبة طويلة فلايرى المودَع بدا من الإنفاق عليها فأىّ فرق بين هذه الصّورة وبين اللّقطة ؟

---

(١) انظر : ف : المبسوط ١١/١٢٦ ، تكملة رد المحتار ٢/٢٦١ شرح المجلة لسليم رستم ص ٤٣٥ .
م : المدونة ٤/٣٥٨، ٤٤٢ .
ش : مغني المحتاج ٣/٨٤، ٨٥ ، مختصر المزنى ٣/١٧٦ .
ل : كشاف القناع ٤/١٧٠، ١٧١ ، الانصاف ٥/١٧٤ ، القواعد لابن رجب ص ١٣٨ .

الفصل السادس في ديون الصحة وديون المرض

وفيه مبحثان

الأول: معنى ديون الصحة وديون المرض

والثاني: ما يقدم من ديون الصحة وديون المرض

والثالث: ما يقدم من الديون والأعيان المقر بها في مرض الموت

الفصل السّادس

اجتماع ديون الصّحّة مع ديون المرض

الإنسان قد تشغل ذمّته بالدّيون ،وهذه الدّيون إمّا أن تكون ديونا فى الصّحّة ، وإمّا أن تكون ديونا فى مرض الموت .

والأخيرة إمّا أن تلزمه بسبب ظاهر معلوم ، وإمّا أن تلزمه بسبب إقراره .

فإذا مات الإنسان ولم يفِ بهذه الدّيون : تزاحمت فى تركته .

ولمعرفة المقدّم عند التّزاحم عقدت المبحثين الآتيين :

المبحث الأوّل

معنى ديون الصّحّة وديون المرض

المطلب الأوّل : ديون الصّحّة

هي الدّيون الّتى وجبت فى ذمّة الإنسان وهو خال من مرض الموت ، سواء أكانت ثابتة بالبيّنة أم بالإقرار أم بالنكول عن اليمين .

غير أنّ المالكيّة اختلفوا فيما إذا أقرّ الإنسان في صحّته لوارث بدين جهل سببه :

فمنهم من أجازه وهم المصريّون فى روايتهم عن الإمام مالك وهو المشهور لأنّ الإقرار حجّة .

ومنهم من أبطله للتّهمة وهم المدنيون فى روايتهم عن مالك . (١)

(١) انظر : البهجة فى شرح التحفة ٣١٩،٣١٨/٢ ، مواهب الجليل ٢٢١/٥ .

المطلب الثّاني : ديون المرض

هي الدّيون الّتي تعلّقت بذمّة الإنسان في مرض موته .

وهذه الدّيون قسمان :

الأوّل : الدّيون المعلومة السّبب .

والظّاهر انّها الدّيون الّتي ثبتت على المريض بحجّة وكانت من حوائجه الأصليّة .

وقد فسّرها الحنفيّة بأنّها : ماليس بتبرّع وكان معروفا ببيّنة أو بمعاينة قاض . (١)

ومثّلوا لها :

- بما كان بدلاً عن مال ملكه المريض في مرض موته كبدل القرض ، وثمن المبيع ، أو كانت بدلا عن مال استهلكه وكان سببه ظاهرا معلوما ثابتا بحجّة كما أسلفت .
- وبالمهر فإنّ سببه ظاهر وهو الزّواج وهو من حوائج المريض الأصليّة . (٢)

والقسم الثّاني : الدّيون المقرّ بها .

وهي مايخبر المريض - في مرض موته - عن ثبوته للغير على نفسه .

هذا ولمعرفة ديون المرض بل لمعرفة ديون الصّحّة أيضا نتكلّم عن مرض الموت في المطلب الآتي :

---

(١) انظر : الدر المختار ٤٦٢/٤ ، نتائج الأفكار شرح الهداية ٣٨٤/٨ .

(٢) انظر : البدائع ٢٢٥/٧ ، تبيين الحقائق ٢٤/٥ .

المطلب الثّالث : مرض الموت وآثاره

المسألة الأولى : معنى مرض الموت ومايلحق به ومايترتّب عليه

مرض الموت : هو العلّة الّتى يخاف منها الهلاك عاجلا ويتصل بها الموت (١) .

وشرط ابن عابدين رحمه اللّه : ألّا يطول المرض سنة فأكثر فإن طال فلايسمّى مرض الموت وإن اتصل به الموت (٢) .

ومعنى ذلك :

- أن مالايخاف منه من الأمراض البسيطة الّتى لاينشأ عنها الموت عادة لاتكون من مرض الموت كوجع الضّرس والعين .
- كما أنّ العلل الّتى يقطع فيها بموت الإنسان عاجلا ويظهر فيها اختلال عقله لاتكون من مرض الموت المخوف لدخول صاحبها فى حيّز الأموات فلااعتبار بكلامه وقتئذ (٣) .
- وأمّا مايخاف منه الهلاك : فهو مرض الموت إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا فى مقدار هذا الخوف :

فقال الحنفيّة : العبرة للغلبة بحيث يكون خوف الهلاك غالبا وهذا الّذى رجّحه ابن عابدين من أقوال الحنفيّة (٤) .

وقال المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة : المدار على

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ٥٢٠/٢ ، تبيين الحقائق ٢٤٨/٢
م : حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٣٠٦/٣ ، الشرح الصغير ٣٩٩/٣ .
ش : روضة الطالبين ١٢٣/٦ ، مغنى المحتاج ٥٠/٣ .
ل : المغنى ٨٦/٦ ، كشاف القناع ٣٢٣/٤ .

(٢) انظر : رد المحتار ٥٢٠/٢، ٥٢١ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ١٢٣/٦، ١٢٤ ، المغنى لابن قدامة ٨٤/٦ .

(٤) انظر : رد المحتار ٥٢٠/٢ .

كثرة الموت من ذلك المرض وإن لم يغلب .(١)

والفرق بين الكثير والغالب : أنّ الكثير هو ماكان وجوده مساوياً لعدمه والغالب ماكان وجوده اكثر .(٢)

بل اكتفى شيخ الإسلام ابن تيميّة رحمه اللّه فى تفسير الكثرة بأن يكون ذلك المرض سبباً صالحاً للموت يضاف إليه ويجوز حدوثه عنده .(٣)

هذا وإذا أشكل أمر مرض من الأمراض : فإنّه يرجع فى ذلك إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء أهل الخبرة بذلك ولايقبل فى ذلك إلاّ قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين .

لأنّ مايملكه المريض فى مرض الموت يتعلّق به حقّ الورثة والموصى لهم فلم يقبل فيه إلاّ ذلك كأيّ شهادة من الشّهادات .(٤)

ويستثنى من ذلك :

- ما إذا كان المرض علّة باطنة بامرأة لايطّلع عليها الرّجال غالباً فيثبت بشهادة النّسوة . نصّ على ذلك الشّافعيّة(٥)

- وما إذا لم يوجد غير طبيب واحد فإنّه يقبل قوله للضّرورة نصّ على ذلك الحنفيّة والحنابلة .(٦)

---

(١) انظر : م : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٠٦/٣ ، الشرح الصغير ٣٩٩/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٥٠/٣ ، حاشية البجيرمى ٢٧٦/٣ .
ل : كشاف القناع ٣٢٣/٤ ، الاختيارات العلمية بذيل الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٢١/٤ .
(٢) انظر : حاشية الدسوقى ٣٠٦/٣ .
(٣) انظر : الاختيارات العلمية ٥٢١/٤ .
(٤) انظر : شرح منهج الطلاب ٢٧٦/٣ ، روضة الطالبين ١٢٩/٦
(٥) انظر : شرح منهج الطلاب ٢٧٦/٣ .
(٦) انظر : ف : تبيين الحقائق ٤٠/٤ .
ل : الانصاف ٨١/١٢ .

مايلحق بمرض الموت :

يلحق بمرض الموت فى الحكم عدّة حالات يخاف فيها الهلاك

الأولى : ما إذا التحمت الحرب واختلطت الطّائفتان للقتال فمن كان بين الصّفين عند الالتحام فهو كمريض الموت إذا كانت الطّائفتان متكافئتين أو كانت إحداهما مقهورة .

والثّانية : ما إذا قدّم الإنسان ليقتل سواء أريد قتله للقصاص أم لغيره .

والحق بها المالكيّة والحنابلة : ما إذا حبس الإنسان ليقتل وقيّده المالكيّة بما إذا كان القتل ثابتا عليه بالبيّنة أو بالاعتراف ، وأمّا الحبس لمجرّد الدّعوى ليتبين أمره فلا .

والثّالثة : ما إذا ركب البحر وتموّج وهبّت الرّيح العاصف .

فقد اعتبره الشّافعيّة والحنابلة مخوفا وألحقوه بمرض الموت وهو قول مالك ، وخصّه الحنفيّة بما إذا انكسرت السّفينة وبقي الإنسان على لوح منها .

والرّابعة : ما إذا أسر الإنسان عند من اعتاد قتل الأسرى . فقد ألحقه الشّافعيّة والحنابلة بمرض الموت .

والخامسة : ما إذا وجد بالبلد مرض شديد العدوى يخشى منه على أهل المدينة أو القرية كالطّاعون . فإنّه يعتبر مخوفا فى حقّ من لم يصبه .

وهذا فى الأصح عند الشّافعيّة ، وهو مروي عن الإمام أحمد

والسّادسة : ما إذا كانت المرأة حاملا وجاءها الطّلق

حتّى تضع لأنّه الم شديد يخشى منه التّلف .

وهذا قول الحنفيّة والأظهر عند الشّافعيّة والظّاهر عند الحنابلة .

وجعلها المالكيّة ملحقة بمرض الموت بمجرّد تمامها ستة أشهر (١) .

مايترتّب على مرض الموت :

إذا مرض الإنسان مرض الموت : كان محجوراً عليه فى تصرّفاته لحق الوارث والغريم .

وعلّة ذلك :

- أنّ المرض : سبب الموت لما فيه من ترادف الآلام وضعف القوى المفضي إلى مفارقة الرّوح الجسد .

- وأنّ الموت : هوعلّة الخلافة للوارث والغريم فى مال الميت لما فيه من بطلان أهليّة الملك بالموت فيخلف الميّت فى ماله أقرب النّاس إليه وهم ورثته ، ولما فيه من خراب الذّمّة بالموت فيصير المال الّذى هو محل قضاء الدّين مشغولا بالدّين فيخلفه الغريم فى المال .

ولمّا كان ذلك كذلك : أقيم سبب الموت وهو المرض مقامه ومن ثمّ تعلّق حقّ الوارث والغريم بمال المريض من أوّل المرض .

---

(١) انظر هذه الحالات فى كتب الفقهاء ومنها :
ف : تبيين الحقائق ٢٤٨/٢ ، رد المحتار ٤٢٣/٥ .
م : المنتقى ١٧٦/٦ ، الشرح الكبير ٣٠٦/٣ ، الشرح الصغير ٣٩٩/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٥٢/٣ ، شرح منهج الطلاب ٢٧٧/٣ ، روضة الطالبين ١٢٧/٦ .
ل : المغنى ٨٦/٦-٨٨ ، كشاف القناع ٣٢٥/٤ .

الأمر الّذى يترتّب عليه :

- ثبوت الحجر على المريض مستنداً إلى أوّل المرض فى القدر الّذى يصان به حقّ الوارث والغريم .

فإن كان عليه دين مستغرق أو غير مستغرق : حجر عليه فى ماله بقدر الدّين لحقّ الغريم .

وإن لم يكن عليه دين : حجر عليه فى الثّلثين لحقّ الوارث .

* - ولايحجر عليه فيما يتعلّق بحوائجه الأصليّة من نفقة أو أجرة طبيب ونحوها (١) .

* هذا والقول بالحجر على المريض فى مرض الموت هو قول جمهور الفقهاء : فيحجر عليه فى تبرّعاته من هبة أو صدقة أو وقف ، وفى معاوضاته الماليّة الّتى فيها محاباة كالبيع والشّراء (٢) واختلف الجمهور فى إقراره بالدّيون وغيرها وسيأتى .

* وقال الظّاهريّة : لايحجر على المريض فى مرض الموت ولافرق بين تصرّفاته وتصرّفات الصّحيح (٣) .

والّذى يعنينا من هذا هو مايتعلّق بالدّيون والإقرار بها فى مرض الموت وهو ماسأبحثه فى المسألة التّالية :

---

(١) انظر : تيسير التحرير ٢٧٧/٢ ، التقرير والتحبير ١٨٦/٢ ، التوضيح ١٧٧/٢ .

(٢) انظر ماكتبه الفقهاء عن ذلك :
ف : تبيين الحقائق ١٩٦/٦ ، رد المحتار ٤٣٥/٥ .
م : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣٠٧/٣ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٤٠١/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٤٧/٣ ، روضة الطالبين ١٣١/٦ .
ل : المقنع ص ١٦٦ ، شرح المنتهى ٥٣١/٢ .

(٣) انظر : المحلى ٢٩٧/٨ الا أن داود الظاهرى استثنى العتق خاصة فانه لاينفذ الا من الثلث .

المسألة الثّانية : حكم إقرار المريض بالدّين فى مرض الموت ومم ينفذ إن صح :

اختلف الفقهاء فى صحّة إقرار المريض بالدّين فى مرض الموت فيما لاتهمة فيه ، أو مطلقا على قولين :

الأوّل : أنّه يصحّ إقرار المريض فى مرض الموت فيما لاتهمة فيه .

وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة وهو قول للشّافعيّة .

إلاّ أنّ الجمهور اختلفوا فى تحديد مواضع التّهم :

(أ) فقصرها الحنفيّة ، والحنابلة ، والشّافعيّة فى قول لهم على الوارث فيبطل إقرار المريض إذا أقرّ لوارثه إلاّ إذا أجازه بقيّة الورثة (١) .

والاعتبار فى كونه وارثا أو غير وارث بحالة الإقرار لابحالة الموت (٢) .

نصّ على ذلك الحنابلة فى ظاهر مذهبهم وهو قول للشّافعيّة .

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٥/٥ ، المبسوط ٢٤/١٨ ، البحر الرائق ٢٥٤/٧ .
ش : مغنى المحتاج ٢٤٠/٢ ، المهذب ٣٤٥/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٥٥/٦ ، شرح منتهى الارادات ٥٧١/٣ .

(٢) ومثال من اقر لغير وارث ثم صار عند الموت وارثا : من أقر لأخيه مع ابنه ثم صار الأخ عند موت المقر وارثا بأن مات الابن قبل المقر : لزم اقراره .
ومثال من أقر لوارث ثم صار عند الموت غير وارث : من أقر لأخيه فحدث له ابن : فلايلزم اقراره لاقتران التهمة به عند وجوده فلاينقلب لازما .
انظر : شرح منتهى الارادات ٥٧٢/٣ .

لانّ الإقرار قول تعتبر فيه التّهمة فاعتبرت حالة وجوده دون غيرها كالشّهادة (١) .

ادلّة هذا القول :

استدلّ له الحنفيّة :

- بما أخرجه الدّارقطنيّ وغيره بسنده إلى جعفر بْن محمّدٍ (٢) عَنْ أَبِيهِ (٣) قَالَ : قَالَ رَسُولُ ٱللّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (لاوَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِدَيْنٍ) (٤) .

- وبما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنّه قال : إِذَا أَقَرَّ ٱلرَّجُلُ فِي مَرَضِهِ بِدَينٍ لِرَجُلٍ غير وَارِثٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ أَحَاطَ ذَلِكَ بِمَالِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ لِوَارِثٍ فَغَيْرُ جَائِزٍ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ

---

(١) انظر : ش : حاشية البجيرمى ٧٧/٣ ، شرح الجلال ٤/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٥٦/٦ ، المبدع ٣٠٢/١٠ ، شرح المنتهى ٥٧٢/٣ .

(٢) هو جعفر بن محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب الهاشمى أبو عبد الله المدنى الصادق . أحد السادة الأعلام وابن بنت القاسم بن محمد وأم أمه هى أسماء بنت عبد الرحمن بن أبى بكر فلذلك كان يقول ولدنى أبو بكر الصديق مرتين . وثقه الشافعى ويحيى بن معين وأبو حاتم ، ولم يحتج به البخارى واحتج به سائر الأمة . توفى سنة ١٤٨هـ .
انظر : تذكرة الحفاظ ١٦٦/١ ، تهذيب التهذيب ٨٨/٢ .

(٣) وأبوه : عرف من الترجمة السابقة وهو أبو جعفر الباقر من قولهم بقر العلم يعنى شقه فعلم أصله وخفيه . وهو مدنى تابعى ثقة . توفى سنة ١١٤هـ .
انظر : تذكرة الحفاظ ١٢٤/١ ، تهذيب التهذيب ٣١١/٩ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٢٥/٥ ، المبسوط ٣١/١٨ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٣٨٨/٨ .
والحديث : مرسل ، وفيه نوح بن دراج وهو ضعيف .
وقد أخرجه أيضا أبو نعيم الحافظ فى تاريخ أصبهان مسندا الى جابر ومرسلا وفيه نوح بن دراج أيضا .
انظر : نصب الراية ١١١/٤ ، الدراية ١٨٠/٢ ، سنن الدارقطنى ، كتاب الوصايا ١٥٢/٤ .
أقول : والمرسل حجة عند أكثر الفقهاء ، فيكون الضعف فى الحديث من أحد رواته وهو نوح بن دراج .

الوَرَثَـــة .(١)

ولايعرف لهذا القول مخالف من الصّحابة فيكون إجماعا .(٢)

واستدلّ الحنفيّة وغيرهم :

بالقيـاس على الوصية للوارث فى مرض الموت فإنّها لاتصحّ والجامع بينهما : أنّ كلاًّ منهما تبرّع بالمال فى الوقت الّذى تعلّق به حقّ الورثة .(٣)

بل هو قياس جليّ لأنّ من طبيعة الوصيّة أنّها إذا نفذت تنفذ من الثّلث ، والإقرار إذا نفذ ينفذ من جميع المال فكان أولى بالمنع .(٤)

والعلّة فى عدم صحّة إقرار المريض للوارث هي :

وجود التّهمة فى إقراره له لجواز أن يكون المريض آثر بعض الورثة على بعض بميل الطّبع ، أو مكافأة له على إحسان وهو لايملك ذلك بطريق التّبرع والوصيّة فأراد تنفيذ غرضه بصورة الإقرار من غير أن يكون للوارث عليه دين فكان متّهما فى إقراره فيردّ .(٥)

(ب) وأمّا المالكيّة : فقد منعوا نفاذ الإقرار فى كلّ مافيه تهمة .

---

(١) هذا الأثر قال فيه الحافظ ابن حجر فى الدراية : لم أجده ، ولكن الحنفية ذكروا أن محمد بن الحسن رواه فى الأصل : حدث محمد بن الحسن عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العزرمى عن نافع عن ابن عمر .
انظر : الدراية ١٨٠/٢ ، حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٢٥/٥ ، تعليقات الحافظ قاسم بن قطلوبغا بذيل نصب الراية ٦٣/٤ من التعليقات ، الكافى بشرح المبسوط ٢٤/١٨ .

(٢) انظر : البدائع ٢٢٤/٧ ، حاشية الشلبى ٢٥/٥ .

(٣) انظر : ف : البدائع ٢٢٤/٧ ، تبيين الحقائق ٢٥/٥ .
ش : المهذب ٣٤٥/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٥٥/٦ .

(٤) انظر : البدائع ٢٢٤/٧ .

(٥) انظر : المغنى ٢١٤/٥ .

* فكلّ إقرار تسرّبت إليه التّهمة يعتبر باطلا عندهم وإن كان لغير وارث كمن أقرّ لقريب غير وارث كالخال ، او لصديق ملاطف فلايصحّ الإقرار لهما لتهمة القرابة فى الأوّل ، والملاطفة فى الثّانى إلاّ إذا انتفت التّهمة بأن كان للمقِرّ ولد أو ولد ولد عند عدم الولد : فإنّه يصحّ إقراره لهذين لانتفاء التّهمة بوجود الولد فيبعد ان يمنع الإنسان ولده ويعطيهما .

* كما أنّ كلّ إقرار انتفت عنه التّهمة يعتبر صحيحا وإن كان لوارث كمن يقرّ لوارث بعيد مع وجود الأقرب أو يقرّ لزوجته الّتى علم بغضه لها (١) .

وخلاصة ماقاله المالكيّة كما جاء فى حاشية الصّاوى :

(أنّه إن أقرّ المريض لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوى كان إقراره باطلا .

وإن اقرّ لوارث بعيد : كان صحيحاً إن كان هناك وارث أقرب منه سواء أكان ذلك الأقرب حائزاً للمال كلّه أم لا .

وإن اقرّ لقريب غير وارث كالخال ، أو لصديق ملاطف أو لمجهول حاله : صحّ الإقرار إن كان لذلك المقِرّ ولد أو ولد ولد وإلاّ فلا .

وإن أقرّ لأجنبيّ غير صديق : كان الإقرار لازما كان له ولد أم لا) (٢) .

هذا ولم أجد للمالكيّة دليلا فى كتبهم على ماقالوه غير التّصريح بالتّهمة فى عدم نفاذ الإقرار .

---

(١) انظر : الشرح الكبير ٣٩٨/٣ ، الشرح الصغير ٥٢٥/٣ ، التاج الاكليل ٢٢٠/٥ .
(٢) انظر : حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٥٢٧/٣ .

ويظهر أنّ التّعبير بالتّهمة إشارة إلى القياس على الوصيّة للوارث فقد قاسوا عليه كلّ إقرار للمريض فيه تهمة سواء أكان لوارث أم لغيره لأنّ الحكم يدور مع علّته وهي التّهمة .

واعترض عليهم ابن قدامة في المغني (بأن التّهمة لايمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث ، وكذلك اعتبر في الوصيّة والتّبرع وغيرهما) (١) .

ولكن الظّاهر من قول المالكيّة : تحديد مواضع التّهم .

والقول الثّاني : انّه يصحّ إقرار المريض في مرض الموت مطلقا سواء أكان لوارث أم لغيره .

وهذا قول الشّافعيّة والظّاهريّة (٢) .

وهو مروي عن طاوس ، والحسن ، وعطاء ، وميمون بن مهران ، وعمر بن عبد العزيز (٣) .

---

(١) انظر : المغني ٢١٤/٥ .

(٢) انظر : ش : مغني المحتاج ٢٤٠/٢ ، المهذب ٣٤٥/٢ .
ظ : المحلى ٢٥٤/٨ .

(٣) انظر : نفس المرجع السابق ٢٥٤/٨ ، سنن البيهقي ٨٥/٦
واليك تعريف بالقائلين بهذا القول :
أما طاوس ،
والحسن البصري ،
وعطاء بن أبي رباح : فقد سبق التعريف بهم .
أما ميمون بن مهران : هو أبو أيوب الجزري الرقي أعتقته امرأة من بني نصر بن معاوية بالكوفة ونشأ بها ثم سكن الرقة . وهو الامام الحجة عالم الجزيرة ومفتيها . قيل ان مولده عام موت علي رضي الله عنه سنة ٤٠هـ . وثقه جماعة ، توفي سنة ١١٧هـ وقيل ١١٦هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٧١/٥ .
وعمر بن عبد العزيز بن مروان بن أبي الحكم بن أبي العاص بن أمية الأموي القرشي ، ولد سنة ٦٠هـ كان عالما صالحا معروفا بالفقه والفتيا وصلاحه مشهور ، وعدله ذائع يضرب به المثل ، تولى الخلافة سنة ٩٩هـ وتوفي سنة ١٠١هـ .
انظر : الفتح المبين ٩٦/١ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٨ .

أدلّة هذا القول :

- هي الأدلّة الدالّة على حجيّة الإقرار وأنّه لافرق بين المريض والصّحيح لاسيّما وأنّ الظّاهر أنّ حال المريض أنّه محقّ في إقراره لأنّه انتهى إلى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر (١).

واستدلّ ابن حزم : بما أخرجه بسنده إلى ابن عمر رضي الله عنهما قال : (إِذَا أَقَرَّ ٱلْمَرِيضُ فِي مَرَضِهِ بِدَيْنٍ لِرَجُلٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ) (٢).

فقد عمّم ابن عمر ولم يخصّ .

- واستدلّ الشّافعيّة : بالقياس فيقاس الإقرار للوارث على الإقرار للأجنبي بجامع أنّ الكلّ اعتراف بحقّ الغير على النّفس فيصحّ فى حال الصّحة والمرض (٣).

ويجاب عن هذه الأدلّة :

- بأنّ هناك فرقا بين حال الصّحّة وحال المرض :

لأنّ الصّحيح لايزال متمكّنا من المال ولايعطيه للغير إلاّ إذا كان مستحقّا له بخلاف المريض الّذى انتهت حاجته للمال فإنّه إذا كان من أهل الهوى : آثر من يهواه على من يستحقّ فلايقبل إقراره مطلقا (٤).

- وأمّا الأثر الّذى استدلّ به ابن حزم فقد رواه الحنفيّة مقيّدا ويجب حمل المطلق على المقيد لاتحاد الحكم

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ٢٤٠/٢ ، شرح منهج الطلاب ٧٦/٣، ٧٧ المحلى ٢٥٤/٨ .

(٢) هذا الأثر رواه ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن بعض أصحابه عن الليث بن سعد عن نافع مولى ابن عمر عن ابن عمر .
انظر : المحلى ٢٥٤/٨ .

(٣) انظر : المهذب ٣٤٥/٢ .

(٤) انظر : المبسوط ٢٧/١٨ .

والحادثة إن صح الاثران ، وإن ضعف ماروواه الحنفيّة وصح ماروواه ابن حزم فغاية مايقال فيه : إنّ القياس يكون مقيّدا له لاشتراكهما فى الظنيّة .

ـ وأمّا القياس الّذى قاسه الشّافعيّة : فقياس مع الفارق لأنّ التّهمة ظاهرة فى الإقرار للوارث .

الترّجيح :

وأرى أنّ الرّاجح من الأقوال السّابقة هو قول الحنفيّة والحنابلة : أنّه لايصح إقرار المريض فى مرض الموت لوارثه ويصحّ لمن عداه .

لأنّ التّهمة في الإقرار للوارث أقوى منها فى غيره فلايلتحق غير الوارث به .

ولأنّ المريض فى مرض الموت إذا كان يريد منع بعض الورثة فالظّاهر أنّه يعطى المال لأحد الورثة لا أن يعطيه لأجنبيّ . واللّه أعلم .

ممّ ينفذ الاقرار إن صح :

إذا صحّ الإقرار فإنّه ينفذ من جميع رأس المال عند جمهور الفقهاء (١) .

وهناك قول آخر وهو أنّه لاينفذ الإقرار ولايقبل بزيادة

---

(١) انظر : ف : المبسوط ٢٤/١٨ ، تبيين الحقائق ٢٥/٥ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٣٨٦/٨ ، الدر المختار ٤٦١/٤ .
م : حاشية الدسوقى ٣٩٧/٣ ، حاشية الصاوى ٥٢٦/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٢٤٠/٢ ، حاشية البجيرمى ٧٦/٣ .
ل : المغنى ٢١٣/٥ ، المبدع ٢٩٩/١٠ .
ظ : المحلى ٢٥٤/٨ .

على الثّلث .

وهو قول ابن القاسم من المالكيّة (١) ، ورواية عن الإمام أحمد نقلها أبو الخطاب عنه (٢) .

ودليل هذا القول : القياس على التّبرع للأجنبىّ فإنّ المريض ممنوع من عطيّة ماله كلّه للأجنبيّ فلايصحّ إقراره بما لايملك عطيته وهو مازاد عن الثّلث (٣) .

وأجاب الحنفيّة على ذلك بما يؤيّد رأي الجمهور فقالوا سلّمنا انّ القياس ان لاينفذ تصرّف المريض إلاّ من الثّلث لانّ الشّرع قصر تصرّفه عليه فى قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (الثّلث والثّلث كثير) (٤) وعلّق حقّ الورثة بالثّلثين فكذا الإقرار لكن ترك هذا القياس :

- بالأثر المروي عن ابن عمر السّابق وفيه (وإن أحاط ذلك بماله) (٥) .

والأثر فى مثله كالخبر لأنّه من المقدرات فلايدرك بالقياس فيحمل على أنّه سمعه من النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم .

- ولأنّ قضاء الدّين من الحوائج الأصليّة للإنسان لأنّ فيه تفريغ ذمّته ورفع الحائل بينه وبين الجنّة فيقدّم على حقّ الورثة كسائر حوائجه لأنّ شرط تعلّق حقّهم الفراغ عن حقّه (٦) .

وبهذا يظهر أنّ الرّاجح هو قول الجمهور .

---

(١) انظر : البهجة فى شرح التحفة ٣٢٠/٢ .
(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ٢١٣/٥ .
(٣) انظر : المغنى ٢١٣/٥ .
(٤) انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ٣٦٣/٥ .
صحيح مسلم ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ٧١/٥ .
(٥) سبق تخريجه فى المبحث الأول - المسألة الثانية ص ٤٠٠ .
(٦) انظر : تبيين الحقائق ٢٥/٥ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار وشرح العناية ٣٨٦/٨ .

المبحث الثّانى

مايقدّم من ديون الصّحّة وديون المرض

إذا مات الإنسان وكان عليه ديون صحّة وديون مرض : تزاحمت تلك الدّيون فى تركته :

فإن وسعتهما التّركة : فهما سواء وتقضى جميعها بإعطاء كلّ ذي حقّ حقّه .

وإن ضاقت عنهما التّركة : فقد اتفق الفقهاء على أنّ ديون المرض المعلومة السّبب تساوى ديون الصّحّة ويتزاحم الغرماء بالحصص ، واختلفوا فى ديون المرض المقرّ بها على قولين :

احدهما : انّ ديون الصّحّة وديون المرض المعلومة السّبب مقدّمة على ديون المرض المقرّ بها .

وهو قول الحنفيّة ، والحنابلة فى ظاهر مذهبهم (١) .

والثّاني : انّها سواء ويحاصص غرماء المرض جميعا غرماء الصّحّة .

وهذا قول المالكيّة ، والشّافعيّة ، والظّاهريّة ، وهو رواية عند الحنابلة (٢) .

---

(١) انظر : ف : البدائع ٢٢٥/٧ ، تبيين الحقائق ٢٤/٥ ، المبسوط ٢٦/١٨ .
ل : كشاف القناع ٤٥٥/٦ ، شرح المنتهى ٥٧١/٣ ، المبدع ٢٩٩/١٠ .

(٢) انظر : م : مواهب الجليل ٤٠٧/٦ ، منح الجليل ٦٩٨/٤ .
ش : المهذب ٣٤٥/٢ ، مغنى المحتاج ٢٤٠/٢ ، شرح الجلال ٤/٣ .
ل : الفروع وتصحيحه ٦١٠/٦ ، المبدع ٢٩٩/١٠ ، المغنى ٢١٣/٥ .
ظ : المحلى ٢٥٤/٨ .

الأدلّـــــــة

أدلّة القول الأوّل :

- استدلّ القائلون بتقديم ديون الصّحّة على الدّيون المقرّ بها فى مرض الموت :

بالقياس :

فقد قاس الحنفيّة المريض فى مرض الموت على الرّاهن أو المؤجر فلايحقّ لكلّ التصرّف فى ماله بجامع أنّ كلا تعلّق به حقّ الغير (١) .

وقاسه الحنابلة على المحجور عليه بالفلس بجامع أنّ كلاًّ منهما تعلّق حقّ الغرماء بماله (٢) .

وظاهر من القياسين أنّ حقّ غريم الصّحّة قد تعلّق بمال المريض فى مرض الموت مستندا الى أوله .

والدّليل على ذلك التعلّق : أنّ المريض ممنوع من التّبرّع لتعلّق حقّ الغرماء والورثة بماله كما سبق ذلك فى بيان مايترتّب على مرض الموت (٣) .

فلمّا كان المريض ممنوعاً عن التّبرّع لما فيه من إبطال حقّ الغرماء : كان ممنوعا أيضا عن إبطال حقّهم بإثبات المزاحمة للمقَرّ له فى المرض معهم (٤) .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٤/٥ ، نتائج الأفكار بشرح الهداية ٣٨١/٨ .
(٢) انظر : المغنى ٢١٣/٥ .
(٣) انظر ماسبق ص ٣٩٧ .
(٤) انظر : المبسوط ٢٦/١٨ ، البدائع ٢٢٥/٧ ، المغنى لابن قدامة ٢١٣/٥ .

- وأمّا ديون المرض المعلومة السّبب : فقد علّل الحنفيّة تساويها مع ديون الصّحّة :

بأنّه لاتهمة في ثبوتها فيظهر السّبب في حقّ غرماء الصّحّة كما يظهر في حقّ المريض (١) .

ولأنّه ليس فيها إبطال حقّ الغرماء بل فيها تحويل حقّهم من محل إلى آخر يساويه إذا كان للدّيون بدل كثمن المبيع وبدل القرض .

وأمّا إذا لم يكن لها بدل كمهر المثل فإنّه وإن كان يبطل حقّ الغرماء في ذلك لكن الزّواج من حوائج الإنسان الأصليّة كمأكله وملبسه ومسكنه فيقدّم حقّ المريض على حقّ الغرماء (٢) .

أدلّة القول الثّاني :

استدلّ القائلون بالتّساوي بين ديون الصّحّة وديون المرض المقرّ بها :

بأنّ الإقرار حجّة ولافرق بين إقرار المريض والصّحيح (٣) .

واستدلّ الشّافعيّة والحنابلة على ذلك بالقياس فقاسوا ثبوت الدّين بالإقرار في المرض على ثبوته بالبيّنة أو بالإقرار في حال الصّحّة بجامع أنّ كلاً حقّ يجب قضاؤه من رأس المال (٤) .

---

(١) انظر : الهداية بشرح نتائج الأفكار ٣٤٨/٨ ، المبسوط ٢٧/١٨ .
(٢) انظر : المبسوط ٢٧/١٨ ، تبيين الحقائق ٢٤/٥ .
(٣) انظر : المحلى ٢٤٥/٨ .
(٤) انظر : ش : مغني المحتاج ٢٤٠/٢ .
ل : المبدع ٢٩٩/١٠ .

التّرجيح :

أرى أنّ الرّاجح هو القول الأوّل القائل بأنّ ديون الصّحّة مقدّمة على الدّيون المقَرّ بها في مرض الموت وذلك لتسرّب التّهمة إلى تلك الدّيون فكانت ديون الصّحّة أقوى فوجب تقديمها . والله أعلم .

المبحث الثّالث

مايقدّم من الدّيون والأعيان المقرّ بها فى مرض الموت

إذا أقرّ المريض بديون لأناس كثيرين بأن أقرّ بدين ثمّ بدين آخر : جاز ذلك كلّه واستوى فيه المتقدّم والمتأخّر .

وذلك لاستوائهما فى زمن التعلّق وهو زمان المرض فإنّ زمان المرض مع امتداده بمنزلة زمن واحد فى الحكم فلايتصوّر فيه التّقدّم والتّأخّر (١) .

وأمّا إذا أقرّ المريض بدين ثمّ بعين كوديعة ، أو أقرّ بعين ثمّ بدين : فهل يتزاحم أصحابهما ويشتركون فى ماله أو يقدّم أحدهما على الآخر ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك :

(أ) فقال الشّافعيّة والحنابلة : إنّ صاحب العين أحقّ بها فى الحالين من ربّ الدّين .

وعلّل الشّافعيّة ذلك : بأنّ الإقرار بالدّين لايتضمّن حجرا فى العين بدليل نفاذ تصرّف المريض فيها بغير تبرّع إذا لم يقرّ بها لآخر (٢) .

وعلّله الحنابلة : بأنّ الإقرار بالدّين يتعلّق بالذّمّة ، وبالعين يتعلّق بذاتها فهو أقوى ولهذا لو أراد بيعها لم يصحّ ومنع منه لحقّ ربّها (٣) .

---

(١) انظر : البدائع ٢٢٤/٧ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ٢٤/٥ ، المغنى ٢١٣/٥ .
(٢) انظر : مغنى المحتاج ٢٤٠/٢ ، شرح روض الطالب ٢٩٠/٢ .
(٣) انظر : كشاف القناع ٤٥٥/٦ ، شرح المنتهى ٥٧١/٣ .

(ب) وقال الحنفيّة : إنّ هناك فرقا بين الحالين :

فلو أقر المريض بدين ثمّ بعين : فهما دينان فيتحاصّ أصحابهما ، ولاتقدّم العين فى هذه الحال .

لأنّ الإقرار بالدّين قد صحّ فأوجب تعلّق حقّ الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظّاهر ، وإقراره بالعين بعد ذلك لايبطل ذلك التّعلّق فإنّ حقّ الغير يصان عن الإبطال ما أمكن وهنا أمكن أن يجعل ذلك إقرارا بالدّين لإقراره باستهلاك العين بتقديم الإقرار بالدّين عليه ، وإذا صار مقرّا باستهلاك العين يكون إقراره بذلك إقرارا بالدّين لذلك كانا دينين .

وأمّا لو أقرّ بالعين أوّلا ثمّ بالدّين : فالإقرار بالعين أولى : لأنّ الإقرار بالعين لمّا صحّ خرجت العين من أن تكون محلاّ للتعلّق لخروجها عن ملكه فلايثبت التّعلّق بالإقرار لأنّ حقّ غريم المرض يتعلّق بالتّركة لابغيرها ولم يوجد (١) .

التّرجيح :

أرى أنّ الرّاجح هو قول الشّافعيّة والحنابلة بأنّ صاحب العين أحقّ بها فى الحالين .

لأنّها ملكه .

وأمّا ماقاله الحنفيّة من أنّه إذا أقرّ المريض بالدّين أوّلا ثمّ بالعين فهما دينان لتعلّق حقّ الغرماء بالعين : فهو غير مسلّم لأنّ حقّهم إنّما يتعلّق بالعين إذا كانت مملوكة للمقرّ . وأمّا إذا أظهر الإقرار أنّها مملوكة لغيره فلا لأنّ

---

(١) انظر : البدائع ٢٢٤/٧، ٢٢٥ ، المبسوط ٢٥/١٨ .

الإقرار حجّة مظهرة للحقّ السّابق عليه والله اعلم .

والنّتيجة من هذا الفصل :

أنّه إذا اجتمعت ديون الصّحّة وديون المرض في تركة الميّت وضاقت التّركة عنها : قدّمت ديون الصّحّة وديون المرض المعلومة السّبب فيستوفي أصحابها ديونهم وإن ضاقت عنهم أيضا تحاصّوا كلّ بقدر دينه .

وأمّا إذا استوفوا ديونهم وبقي جزء من التّركة :

تحاصّ أصحاب الدّيون المقرّ بها في مرض الموت ديونهم وإن كان الإقرار بها متفرّقا اللهم إلاّ إذا كان المقرّ به عيناً فإنه يقدّم على بقيّة الدّيون المقرّ بها في المرض .

الفصل السابع

شادية كعكي

الحقوق المتعلقة بالتركة

وفيه مبحثان

الأول: تعريف التركة وحصر الحقوق المتعلقة بها

والثاني: ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة وبيان كل حق

الفصل السّابع

الحقوق المتعلّقة بالتّركة

يموت الإنسان ويبقى وراءه جسد يحتاج إلى التّجهيز ومال ينتظر التّقسيم .

ولم يترك الشّارع الحكيم هذه الاشياء يعبث بها العابثون بل صانها لأصحابها .

ففرض تجهيز الميّت ودفنه حتّى لو أوصى قبل وفاته بعدم تجهيزه ودفنه لايلتفت إلى ذلك لأنّ هذا من حقوق العباد الّتى لاتقبل الإسقاط لما فيها من حقّ اللّه عزّ وجلّ . وقد نبّه على ذلك العزّ بن عبد السّلام رحمه اللّه فى قواعده (١) .

ويكون هذا التّجهيز من تركة الميّت الّتى حرص عليها الشّارع كلّ الحرص وبيّن مستحقيها لدفع التّزاحم والنّزاع عليها .

وقد عقدت هذا الفصل لبيان الحقوق المتعلّقة بالتّركة والمقدّم منها وسيكون ذلك فى مبحثين :

---

(١) انظر : قواعد الاحكام ١٤١/١ .

المبحث الأوّل

تعريف التّركة
وحصر الحقوق المتعلّقة بها

تعريف التّركة :

اختلف الفقهاء فى تعريف التّركة :

فقال الحنفيّة : هى ماخلّفه الميت من الأموال خاليا عن تعلّق حقّ الغير بعين منها (١) .

ويظهر من تعريفهم أمران :

الأوّل : أنّه قاصر على مايتركه الميّت من المال ومايتعلّق بالمال من الحقوق :

فيشمل العقارات والمنقولات والنّقود والدّيون الّتى للميّت فى ذمّة الغير ، والدّية الواجبة بالقتل الخطأ أو بالصّلح عن العمد أو بانقلاب القصاص مالا بعفو بعض الأولياء (٢) .

كما يشمل سائر الحقوق الماليّة كحقّ حبس المرهون عند الميّت حتّى يستوفى الدّين الّذى له ، وحقّ حبس المبيع من أموال الميّت حتّى يستوفى الثّمن من المشترى (٣) .

كما يشمل حقوق الارتفاق كحقّ الشّرب والمسيل (٤) .

---

(١) رد المحتار ٤٨٣/٥ بتصرف .
وانظر : تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ ، تكملة البحر الرائق ٥٥٧/٨ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى ٧٤٦/٢ .

(٢) انظر : رد المحتار ٤٨٣/٥ .

(٣) انظر : المرجع السابق ٤٨٦/٥ ، المواريث لحسنين مخلوف ص ١٠ .

(٤) انظر : المواريث لحسنين مخلوف ص ١٠ .

والأمر الثّاني : أنّ ماتركه الميّت ممّا تعلّقت بعينه الدّيون لايعدّ تركة كالرّهن ، والمشترى قبل القبض .

وقال المالكيّة : (التّركة حقّ يقبل التّجزي يثبت لمستحقّ بعد موت من كان ذلك له) (١) .

فتعريفهم يشمل مايتركه الميّت من الأموال وغيرها من الحقوق ويظهر ذلك من شرحهم للتّعريف فقد قالوا :

(حقّ) : جنس يتناول المال وغيره كالخيار والشّفعة والقصاص والولاء والولاية (٢) .

(يقبل التّجزي) : قيد لإخراج ولاية الزّواج لعدم قبولها التّجزي .

(يثبت لمستحقّ) : أى بقرابة أو نكاح أو ولاء ولابد من هذا القيد لاخراج الوصيّة بناء على أنّها تملك بالموت لابالتنفيذ .

وليس هذا ظاهرا من مذهبهم .

(بعد موت ...الخ) : قيد لإخراج الحقوق الثّابتة بالشّراء والاتهاب ونحوهما فلاتسمّى تركة (٣) .

---

(١) انظر : الشرح الكبير ٤٥٦/٤ ، الشرح الصغير ٦١٦/٤ .
(٢) وايضاح ذلك :
أنه اذا اشترى زيد سلعة بالخيار ومات قبل انقضاء أمده انتقل الخيار لوارثه .
واذا كانت دار شركة بين زيد وعمرو فباع زيد حصته وثبتت الشفعة لعمرو ،ومات عمرو قبل أخذه بها انتقل الحق في الشفعة لوارثه .
واذا قتل زيد عمرا وكان بكر أخا لعمرو ومات بكر انتقل الحق فى القصاص لوارثه .
واذاأعتق شخص عبدا كان له الولاء عليه فاذا مات ذلك الشخص المعتق انتقل الولاء لعصبته .
واذا كانت امرأة لها أخ كان له الولاية عليها فيزوجها فاذا مات الأخ انتقلت الولاية لابنه .
انظر : المراجع السابقة .
(٣) انظر : حاشية الدسوقى ٤٥٧/٤ ، حاشية الصاوى ٦١١/٤ .

وقال الشّافعيّة : التّركة هي (مايخلفه الميّت من حقّ أو اختصاص أو مال) (١) .

ويظهر من تعريفهم أمور :

الأوّل : أنّ مايخلفه الميّت من الحقوق داخل فى التّركة وقد وضعوا ضابطاً لما يورث من الحقوق نبّه عليه الشّهاب الرّملى (٢) رحمه اللّه فقال : (إنّ ماكان تابعاً للمال - من الحقوق - يورث عن الميت كخيار المجلس والرّد بالعيب وحقّ الشّفعة ، وكذلك مايرجع للتّشفى كالقصاص وحدّ القذف ...) (٣) .

والثّاني : أنّ مايتركه الميت من الاختصاصات داخل فى التّركة كالنّجاسات المنتفع بها مثل الكلب والسّرجين وجلد الميتة والخمر الّذى تخلّل بعد موته (٤) .

والثّالث : أنّ مايتركه الميّت من الأموال داخل فى التّركة .

ويشمل ذلك مالو مات الإنسان عن شبكة نصبها فوقع بها صيد بعد موته ، وكذلك الدّية المأخوذة فى قتله بناء على الأصحّ عندهم من دخولها فى ملكه قبل موته (٥) .

وقال الحنابلة : (التّركة هي الحقّ المخلّف عن الميّت) (٦) .

---

(١) حاشية البجيرمى ٢٤٤/٣ ، وانظر حاشية القليوبى ١٣٥/٣.

(٢) الرملى هو أحمد بن حسين بن حسن بن على بن أرسلان أبو العباس ، شهاب الدين الرملى : فقيه شافعى ولد برملة (بفلسطين) وانتقل فى كبره الى القدس فتوفى بها . من مؤلفاته (الزبد) منظومة فى الفقه ، ويقال لها صفوة الزبد وشرح سنن أبى داود ومنظومة فى علم القراءات وشرح البخارى وصل فيه الى باب الحج ، وطبقات الشافعية وتصحيح الحاوى .. وكانت حياته من سنة ٧١١هـ الى ٨٤٤هـ .
انظر : الأعلام ١١٧/١ .

(٣) انظر : حاشية الرملى بهامش شرح روض الطالب ٣/٣ .

(٤) انظر : مغنى المحتاج ٤٠٣/٣ ، حاشية القليوبى ١٣٥/٣ .

(٥) انظر : حاشية البجيرمى ٢٤٤/٣ ، حاشية القليوبى ١٣٥/٣

(٦) شرح منتهى الارادات ٥٧٨/٢ .

والمراد بالحقّ ماهو أعمّ من المال والحقوق والاختصاصات هذا ومن تعريفات الفقهاء السّابقة يظهر :

أوّلا : أنّ مايتركه الميّت من المال داخل تحت مسمّى التّركة عند جميع الفقهاء إلاّ أنّ الحنفيّة أخرجوا منه ماتعلّق به حقّ الغير كالرّهن .

وثانيا : أنّ الحقوق الّتي كانت ثابتة للميّت في حياته تدخل في تركته على اختلاف بين الفقهاء في تعيين تلك الحقوق ويأتي الكلام عن ذلك في الحقّ الآخير من الحقوق المتعلّقة بالتّركة .

حصر الحقوق المتعلّقة بالتّركة :

على الرّغم من اختلاف الفقهاء في تعريف التّركة لكنّهم بيّنوا حقّ كلّ ذي حقّ فيها ، وقد حصروا الحقوق المتعلّقة بالتّركة فوجدوها بالاستقراء خمسة :

أحدها : حقّ ثابت على الميّت قبل الموت متعلّق بعين ماله وهو الحقّ العينيّ .

والثّاني : حقّ ثابت على الميّت قبل الموت غير متعلّق بعين ماله وهو الدّين المطلق أو المرسل .

والثّالث : حقّ ثابت للميّت بالموت وهو مؤن تجهيزه .

والرّابع : حقّ ثابت بالموت لغير الميّت باختيار الميت وهو الوصية .

والخامس : حقّ ثابت بالموت لغير الميّت اضطرارا وهو الميراث (١) .

---

(١) انظر : الدر المختار ٤٠٥/٦ ، الدر المنتقى ٧٤٥/٢ ، مواهب الجليل ٤٠٥/٦ ، الشرح الكبير ٤٥٦/٤ ، حاشية البناني على خليل ٢٠٣/٨ ، الشرح الصغير ٦١٥/٤ .

المبحث الثّانى

ترتيب الحقوق المتعلّقة بالتّركة وبيان كلّ حقّ

المطلب الأوّل : الحقوق العينيّة

وهي : ماتعلّق بذات شيء من مال الإنسان قبل وفاته .

وهذه الحقوق قد تكون للّه عزّ وجلّ كالزّكاة عند من يقول بتعلّقها بعين المال ، وقد تكون للآدمي كالرّهن .

مرتبة الحقوق العينيّة بين الحقوق المتعلّقة بالتّركة :

الحقوق العينيّة هي أوّل مايخرج من التّركة :

* وذلك فى قول المالكيّة والشّافعيّة سواء أكانت حقّاً للّه تعالى أم حقّاً للآدمي ، ووافقهم الحنفيّة فيما كان حقّاً للآدميّ منها أمّا حقّ اللّه تعالى فلايجب إخراجه من التّركة عندهم إلاّ إذا أوصى به الإنسان قبل موته وعندئذ يأخذ حكم الوصيّة - ويأتى الكلام عليها فى المطلب الرّابع - .

* وقال الحنابلة : تقدّم مؤن التّجهيز على الحقوق العينيّة (١) .

---

(١) انظر :
ف : الدر المختار ٤٨٣/٥ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ .
م : الشرح الكبير ٤٥٦/٤ ، مواهب الجليل ٤٠٦/٦ ، الشرح الصغير ٦١٧/٤ ، شرح الزرقانى على خليل ٢٠٣/٨ .
ش : مغنى المحتاج ٤١١/١ ، ٤/٣ ، روضة الطالبين ١١٠/٢ ، أسنى المطالب ٣/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٠٣/٤ ، شرح منتهى الارادات ٣٣٣/١ .

الأدلّـــة

أدلّة الجمهور :

استدلّ الجمهور على ماقالوه من تقديم الحقوق العينيّة على غيرها بما فيها مؤن التّجهيز :

بقياس حال الموت على حال الحياة فيقدّم حقّ صاحب التّعلّق كحقّ المرتهن على حقّ المدين مالك المال المرهون فى الحالين لتعلّق الحقّ بعينه فى الحالين (١) .

وعلّلوا ماقالوه :

بأنّ الحقوق العينيّة قد تعلّقت بالمال قبل ميرورته تركة لذا قدّمت على غيرها من الحقوق المتعلّقة بالتّركة (٢) .

أدلّة الحنابلة :

استدلّ الحنابلة على ماقالوه من تقديم مؤن التّجهيز على غيرها بما يأتى :

الأوّل : أنّ حمزة ومصعبا رضي اللّه عنهما لم يوجد لكل منهما إلاّ ثوب فكفّنا فيه .

ومعنى هذا تقديم الكفن على ماعداه (٣) .

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ٤١١/١ ، أسنى المطالب ٣/٣ .
(٢) انظر : الدر المختار ٤٨٤/٥ .
(٣) انظر : شرح منتهى الارادات ٣٣٣/١ .
ومما ورد فيه ذلك ماأخرجه البخارى بسنده الى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أنه أتى يوما بطعامه فقال : قتل مصعب بن عمير وكان خيرا منى فلم يوجد له مايكفن فيه الا بردة ، وقتل حمزة أو رجل آخر خير منى فلم يوجد له مايكفن فيه الا بردة لقد خشيت أن تكون قد عجلت لنا طيباتنا فى حياتنا الدنيا ثم جعل يبكى .
انظر : صحيح البخارى ، الجنائز ،باب الكفن من جميع المال ٧٧/٢ .

والثّاني : القياس على حال الحياة إذ لايقضي الإنسان دينه إلّا بما فضل عن حاجته .

والثّالث : القياس على لباس المفلس فإنّه يقدّم على وفاء دينه (١) .

والرّاجح عندي : هو قول الجمهور بتقديم الحقوق العينية على غيرها .

ويمكن أن يجاب على الحنابلة :

بأنّ ماقالوه يصدق على دين لم يتعلّق بعين من مال المدين .

وأمّا استدلالهم بتكفين حمزة ومصعب رضي اللّه عنهما : فإنّه يتمّ لو علمنا أنّ هناك حقّاًتعلّق بأعيان مالهما والظّاهر عدم وجوده . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : شرح منتهى الارادات ٣٣٣/١ ، كشاف القناع ٤٠٣/٤

المطلب الثّاني : مؤن التّجهيز

من الحقوق المتعلّقة بالتّركة مؤن التّجهيز وهي : ماينفق على تجهيز الميّت من غسل وتكفين ودفن بالمتعارف شرعا (١) .

ونصّ الحنفيّة والشّافعيّة على أنّه يتعلّق بتركة الميّت أيضا مؤن تجهيز من على الميّت مؤنته إن مات في حياة الميّت (٢) .

مرتبة مؤن التّجهيز بين الحقوق المتعلّقة بالتّركة :

- مؤن التّجهيز هي ثاني الحقوق المتعلّقة بالتّركة بعد إخراج ماتعلّق به حقّ الغير عند جمهور الفقهاء .

وهي أوّل الحقوق عند الحنابلة وقد سبق بيان ذلك في الحقوق العينيّة .

- ومؤن التّجهيز مقدّمة بالاتفاق على الدّيون المطلقة ومما يدلّ على ذلك :

ماأخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال في الّذي وقصته ناقته : (كَفِّنُوهُ فِي ثَوْبَيْهِ) (٣) .

---

(١) انظر : ف : المبسوط ١٣٦/٢٩ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ .
م : الشرح الكبير ٤٥٦/٤ ، الشرح الصغير ٦١٥/٤ .
ش : شرح منهج الطلاب ٢٤٦/٣ ، أسنى المطالب ٣/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٠٣/٤ ، شرح منتهى الارادات ٣٣٣/١ .

(٢) انظر : ف : الدر المنتقى بحاشية مجمع الأنهر ٧٤٦/٢ .
ش : مغني المحتاج ٣/٣ .

(٣) انظر : المبسوط ١٣٧/٢٩ ، حاشية الشهاب الرملي ٣/٣ ، فتح الباري ١٣٨/٣ .
والحديث في : صحيح البخاري ، كتاب الحج ، باب المحرم يموت بعرفة ٢١٧/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب مايفعل بالمحرم اذا مات ٢٣/٤ .

ولم يسأل هل عليه دين أو لا ، ولو كان الدّين مقدّما على الكفن لسأل عن ذلك كما سأل عن الدّين حتّى كان لايصلّى على من مات وعليه دين (١) ، وغيره يأخذ حكمه بالقياس (٢) .

ولأنّ الميت محتاج إلى التّجهيز فالكفن مثلاً لباسه فيعتبر بلباسه فى حياته ولباسه فى حياته مقدّم على دينه حتّى لايباع على المديون ماعليه من ثيابه فكذلك لباسه بعد موته وكلّ حاجاته (٣) .

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٧/٢٩ .
وامتناعه صلى الله عليه وسلم عن الصلاة عن المدين ورد مايدل عليه فيما سبق فى الباب التمهيدى ، المبحث الثانى ، الحق المتعلق بالذمة .
(٢) انظر :تيسير التحرير ٢٦٤/١ .
(٣) انظر : المبسوط ١٣٧/٢٩ ، حاشية الشهاب الرملى ٣/٣ .

المطلب الثّالث : الدّيون المطلقة أو المرسلة

وهي الدّيون الّتى تعلّقت بذمّة الإنسان قبل موته .

وقد اختلف الفقهاء فى المراد بالدّيون الّتى تتعلّق بالتّركة :

(أ) فالحنفيّة : قصروها على ماله مطالب من جهة العباد :

فتقضى من جميع مابقي من التّركة بعد التّجهيز إن وفّى بها .

وإن لم يفِ بها :

فإن كان الدّين لواحد : فله الباقي ومابقي إن شاء عفا أو تركه لدار الجزاء .

وإن كانت الدّيون لجماعة : فإن كان بعضها أولى كدين صحّة : قدّم – وقد سبق الحديث عن ديون الصّحّة وديون المرض فى الفصل السّابق –، وإن كانت الديون مستوية : تستحقّ بالحصص .

وأمّا دين اللّه تبارك وتعالى كالزّكاة والكفّارات : فلايجب عندهم إلاّ بالوصيّة .

فإذا اجتمع دين اللّه تعالى ودين العباد فدين العباد أولى عندهم لأنّه تعالى هو الغني ونحن الفقراء .(١)

وعلّل الحنفيّة قصر الدّيون المتعلّقة بالتّركة على ماله مطالب من جهة العباد :

بأنّ فعل الإنسان ليس بمقصود فيها ولانيّته بل المقصود نفس المال فلذلك كان لصاحب الدّين إذا ظفر بجنس حقّه أن

---

(١) انظر : الدر المنتقى ٧٤٦/٢ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ ، الدر المختار ٤٨٣/٥ .

يأخذه ويجتزأ بذلك بخلاف حقّ اللّه تعالى فإنّ المقصود فيه فعل المكلف ونيّته ابتلاء وهو يفوت بموته فلايتصوّر بقاء الواجب إلاّ إذا أوصى بما تصدّق به اللّه على عباده وهو ثلث ماله فيقوم فعل الوارث مقام فعل المورث لوجود اختياره بالإيصاء .(١)

(ب) وقال المالكيّة : يقدّم من رأس المال على الوصايا :

الدّين الّذى على الميّت لآدمي سواء أكان بضامن أم لا لأنّه يحلّ بموت المضمون .

ثمّ هدي تمتّع إن مات الإنسان بعد أن رمى العقبة سواء أوصى به أم لا . لأنّ الهدي لايخفى وليس ممّا يفعل سرّا ، ثمّ زكاة مال حلّت ، وزكاة فطر فرّط فيها ، وكفّارات لزمته مثل كفّارة اليمين والصّوم والظّهار والقتل إذا أشهد فى صحّته أنّها بذمّته فإنّها تخرج من رأس المال سواء أوصى بإخراجها أم لم يوص ، وإن أوصى بها ولم يشهد فمن الثّلث .(٢)

ويظهر من قول المالكيّة : أنّ الدّيون الّتى تتعلّق بالتّركة هى : ديون العباد .

وأمّا حقوق اللّه تعالى : فمتى أشهد عليها فى صحّته أخرجت من رأس المال سواء أوصى بها أم لا .

وإن أوصى بها ولم يشهد فمن الثّلث باستثناء هدي التّمتع فإنّه يخرج من رأس المال وإن لم يشهد عليه ولم يوص لأنّه لايخفى .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ .
(٢) انظر : الشرح الكبير ٤٥٨/٤ ، الشرح الصغير ٦١٨/٤ ، مواهب الجليل ٤٠٩/٦ ، شرح الزرقانى على خليل ٢٠٤/٨ .

(ج) وقال الشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة : يتعلّق بالتّركة كلّ الدّيون الّتي تعلّقت بذمّة الميّت سواء اكانت للّه تعالى أم للآدمي وسوا أوصى بها أم لا . (١)

لأنّ الجميع حقوق واجبة على الميّت فتتعلّق بتركته . (٢)

ولكنّ القائلين بهذا القول اختلفوا فيما إذا ضاقت التّركة عن إيفاء كلّ الدّيون على ثلاثة أقوال :

الأوّل : تقديم حقّ الآدمى .

وهو قول للشّافعيّة واستدلّوا على ذلك :

بالقياس على اجتماع القصاص والقتل بالرّدة فإنّه يقدّم القصاص لأنّه حقّ آدمى .

ولأنّ حقّ الآدمى مبنيّ على المضايقة لافتقارهم واحتياجهم . (٣)

والثّاني : تقسيم التّركة على الدّيون بالحصص .

وهو قول آخر للشّافعيّة ، والظّاهر عند الحنابلة . (٤)

وعلّل الشّافعيّة ذلك : بأنّ الحقّ المالي المضاف إلى اللّه تعالى يعود إلى الآدميين أيضا وهم المنتفعون به ، لذلك تتساوى الحقوق ويوزّع المال عليها بالحصص . (٥)

والثّالث : تقديم حقّ اللّه تعالى .

وهو مذهب الظّاهريّة ، والأظهر عند الشّافعيّة .

---

(١) انظر : ش : مغنى المحتاج ٣/٣ ، أسنى المطالب ٤/٣ ، حاشية البجيرمى ٢٤٤/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٠٣/٤ .
ظ : المحلى ٢٥٣/٩ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣/٣ ، أسنى المطالب ٤/٣ .

(٣) انظر : مغنى المحتاج ٣/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٣٥ .

(٤) انظر : ش : مغنى المحتاج ٤١١/١ .
ل : كشاف القناع ٤٠٣/٤ .

(٥) انظر : مغنى المحتاج ٤١١/١ .

واستدلّوا على ذلك : بقوله صلّى اللّه عليه وسلّم فى الحديث الّذى أخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (دَيْنَ اللّهِ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ) (١) .

تعقيب وترجيح :

هذا وبعد استعراض أقوال الفقهاء السّابقة فى المراد بالدّيون التى تتعلّق بالتّركة أرى أنّ الرّاجح منها هو قول الشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة وهو أنّه يتعلّق بالتّركة جميع الدّيون الّتى على الميّت سواء أكانت للّه تعالى أم للإنسان وسواء أوصى بها الميّت أم لا .

- لقوله تعالى : {مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ} (٢) . والدّين مطلق فيقع على أىّ دين .

- ولأنّ مال الإنسان هو الطّريق الوحيد الّذى يبقى بعد موته ويتوصّل به إلى إفراغ ذمّته ممّا عليه .

وإذا ضاقت التّركة عن إيفاء كلّ الدّيون : فالّذى يترجّح لي هو تقديم ديون العباد وهو قول للشّافعيّة .

وذلك : لحاجة العبد وغنى الرّبّ تبارك وتعالى .

ولأنّ ديون اللّه تعالى مآلها إلى العباد من الفقراء

---

(١) انظر : ش : المرجع السابق ، روضة الطالبين ١١/٢٥ ، شرح النووى على صحيح مسلم ٨/٢٧ .
ظ : المحلى ٩/٢٥٣ .
والحديث فى : صحيح البخارى ، كتاب الصوم ، من مات وعليه صوم ٢/٢٤٠ بلفظ (أحق أن يقضى) .
صحيح مسلم ، كتاب الصيام ، قضاء الصيام عن الميت ٣/١٥٥ .

(٢) سورة النساء : ١١

والمساكين وهم إن لم يعطوا من هذا المال أعطوا من غيره ولكن صاحب الدّين المعيّن أحقّ بالتّقديم لتفرغ ذمّة الميّت من دين العباد فقد أبى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم الصّلاة على من كان مدينا حتّى ضمنه أبو قتادة فصلّى عليه (١) .

وأمّا قوله صلّى اللّه عليه وسلم : (دَيْنُ ٱللَّهِ أَحَقُّ بِٱلْقَضَاءِ) (٢) : فيمكن أن يقال فيه : إنّه وارد في غير موضع الاستدلال فهو لم يرد في حال تزاحم ديون اللّه تعالى وديون العباد بل جاء في إلحاق قضاء دين اللّه تعالى بقضاء دين العباد في الوجوب،الأمر الّذي يترتّب عليه سقوط دين اللّه تعالى بالقضاء عن الميّت كما تسقط ديون العباد ويظهر ذلك من لفظ الحديث كما أخرجه مسلم بسنده إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما : أَنَّ ٱمْرَأَةً أَتَتْ رَسُولَ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ : إِنَّ أُمِّي مَاتَتْ وَعَلَيْهَا صَوْمُ شَهْرٍ فَقَالَ : أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ عَلَيْهَا دَيْنٌ أَكُنْتِ تَقْضِينَهُ ،قَالَتْ : نَعَمْ قَالَ : فَدَيْنُ ٱللَّهِ أَحَقُّ بِٱلْقَضَاءِ) (٣) .

وفي رواية لمسلم أيضا عن ابن عباس رضي اللّه عنهما قال : جَاءَتِ ٱمْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَارَسُولَ ٱللَّهِ إِنَّ أُمِّي مَاتَتْ وَعَلَيْهَا صَوْمُ نَذْرٍ أَفَأَصُومُ عَنْهَا قَالَ (أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ عَلَى أُمِّكِ دَيْنٌ فَقَضَيْتِهِ أَكَانَ يُؤَدِّي عَنْهَا ، قَالَتْ نَعَمْ ، قَالَ : فَصُومِي عَنْ أُمِّكِ) (٤) .

وقد علمنا مما سبق أنّ الحنفيّة والمالكيّة يقدّمون حقوق العباد بكلّ حال . واللّه أعلم .

---

(١) انظر الحديث فيما سبق ص ١٢١ .
(٢) سبق تخريجه ص ٤٢٩ .
(٣) انظر : صحيح مسلم ، كتاب الصيام ، قضاء الصيام عن الميت ١٥٥/٣ .
(٤) المرجع السابق ١٥٦/٣ .

مرتبة الدّيون بين الحقوق المتعلّقة بالتّركة :

– إيفاء الدّيون هو الحقّ الثّالث من الحقوق المتعلّقة بالتّركة على الرّاجح من أقوال الفقهاء .

فهو يلي مؤن التّجهيز تقديما لحاجة الميّت على قضاء دينه (١) .

وقد جعله الظّاهريّة الحقّ الأول (٢) .

وقد تبيّن من الأدلّة أنّ الرّاجح ماقاله الجمهور .

– وإيفاء الدّيون مقدّم على الوصية بالاتفاق (٣) .

بدليل ماأخرجه التّرمذي وغيره – بسنده إلى عليِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالدَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ وَأَنْتُمْ تَقْرَأُونَهَا قَبْلَ الدَّيْنِ (٤) .

---

(١) انظر : ماسبق فى الحق الثانى من الحقوق المتعلقة بالتركة ص ٤٢٤ .

(٢) انظر : المحلى ٢٥٣/٩ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ ، المبسوط ١٣٦/٢٩ ، مواهب الجليل ٤٠٥/٦،٤٠٩ ، الشرح الكبير ٤٥٨/٤ ، مغنى المحتاج ٣/٣ ، أسنى المطالب ٤/٣ ، المبدع ٢٨/٦ ، كشاف القناع ٤٠٣/٤ ، المحلى ٢٥٣/٩ .

(٤) هذا الحديث أخرجه الامام أحمد ، والترمذى وقال : (ان العمل عليه عند عامة أهل العلم) وأخرجه أيضا ابن ماجة ، والحاكم وصححه وسكت عليه الذهبى .
وأخرجه البخارى معلقا بلفظ (يذكر ...) قال ابن حجر فى الفتح : فكأن البخارى اعتمد عليه لاعتضاده بالاتفاق على مقتضاه .
انظر : مسند الامام أحمد ، مسند على رضى الله عنه ٧٩/١ .
جامع الترمذى ، أبواب الوصايا ، باب من يبدأ بالدين قبل الوصية ٣١٤/٦ .
سنن ابن ماجة ، الوصايا ، باب الدين قبل الوصية ٩٠٦/٢ .
المستدرك مع التلخيص ، الفرائض ، قضاء الدين قبل الوصية ٣٣٦/٤ .
صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الوصايا ، باب تأويل قوله تعالى : {من بعد وصية يوصى بها أو دين} ٣٧٧/٥ .

فالوصيّة مقدّمة على الدّين في القراءة متأخّرة عنه في القضاء .

والعلّة في تقديم الدّين على الوصيّة :

أنّ الدّين واجب ابتداء والوصيّة تبرّع والبداية بالواجب أولى .(١)

وأمّا الحكمة من تقديم الوصيّة في الآية : فهو أنّ الوصيّة لمّا أشبهت الميراث في كونها بلا عوض فكان إخراجها مشقّة على الوارث فلذلك قُدِّمَتْ حثّا على إخراجها لئلا يتساهل فيها بخلاف الدّين فإنّ فيه من القوّة مايغنيه عن التّقوية بذلك وإلاّ فهما متساويان في الوجوب .(٢) قال الزمخشري(٣) : (ولذلك جيء بكلمة (أو) التّي للإباحة للتّسوية بينهما في الوجوب) .(٤)

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٦/٢٩ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٦ .
(٢) انظر : تفسير الفخر الرازي ٢٢٤/٩ ، مغني المحتاج ٣/٣ المبدع ٢٨/٦ ، تحفة الأحوذي ٣١٥/٦ ، نيل الأوطار ١٦٧/٦
(٣) الزمخشري هو : أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد الزمخشري الخوارزمي النحوي العلامة كبير المعتزلة . صاحب كتاب الكشاف ، والمفصل . كان مولده بزمخشر - قرية من عمل خوارزم - في سنة ٤٦٧هـ وكان راسا في البلاغة والعربية والمعاني والبيان وله نظم جيد . توفي سنة ٥٣٨هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٥١/٢٠ ، وفيات الأعيان ١٦٨/٥
(٤) انظر : الكشاف ٥٠٩/١ .

المطلب الرابع : الوصيّة

وهي : تمليك مضاف لما بعد الموت .

بهذا عرّفها الحنفيّة والشافعيّة ، وعمّم المالكيّة والحنابلة بما يشمل الوصية والإيصاء ، والمراد هنا هو المعنى الأوّل (١) .

فهي حقّ يثبت للغير باختيار الميّت في ثلث ماله لأنّ اللّه تبارك وتعالى تصدّق على كلّ إنسان بثلث ماله في آخر عمره زيادة في عمله .

وممّا يدلّ على ذلك :

ما اخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى سعد بن ابى وقّاص رضى الله عنه قال : (جَاءَ ٱلنَّبِيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعُودُنِي وَأَنَا بِمَكَّةَ ... فَقُلْتُ : يَارَسُولَ اللَّهِ : أُوصِي بِمَالِي كُلِّهِ ؟ قَالَ لَا ، قُلْتُ : فَٱلشَّطْرُ ؟ قَالَ : لَا ، قُلْتُ : ٱلثُّلُثُ ؟ قَالَ : فَٱلثُّلُثُ وَٱلثُّلُثُ كَثِيرٌ) (٢) .

---

(١) انظر : ف : الدر المختار ٤١٥/٥ ، ملتقى الأبحر بشرح مجمع الأنهر ٦٩١/٢ .
م : حاشية الدسوقى ٤٢٢/٤ ، حاشية الصاوى ٥٧٩/٤ .
ش : أسنى المطالب ٢٩/٣ ، مغنى المحتاج ٣٩/٣ .
ل : كشاف القناع ٣٣٥/٤ ، شرح منتهى الارادات ٥٣٨/٢ .

(٢) انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ٣٦٣/٥ (واللفظ له) .
صحيح مسلم ، الوصية ، باب الوصية بالثلث ٧١/٥ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، الوصايا ، مايجوز للموصى فى ماله ٦٤/٨ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، الوصايا ، ماجاء فى الوصية بالثلث ٣٠١/٦ .
سنن النسائى ، الوصايا ، الوصية بالثلث ٢٤١/٦ .
سنن ابن ماجة ، الوصايا ، الوصية بالثلث ٩٠٣/٢ .

وما أخرجه ابن ماجة بسنده إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ) (١) .

مرتبة الوصيّة بين الحقوق المتعلّقة بالتّركة :

الوصيّة هي الحقّ الرّابع في التّركة على الرّاجح من أقوال الفقهاء .

فهي تلي الدّين وتقدّم على الميراث (٢) .

أمّا كونها تلي الدّين فللأدلّة الّتي سبقت في تقديم الدّين عليها .

وأمّا كونها مقدّمة على الميراث : فلقوله تعالى – في تقسيم الميراث – : {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} (٣) .

ولأن تنفيذ الوصية من حوائج الميت الأصلية فتقدم على حاجة غيره من الورثة (٤) .

---

(١) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة ، وجاء في نصب الراية نقلا عن البزار في مسنده : أن فيه طلحة بن عمرو وهو ليس بالقوي . اهـ
وقد أخرجه أيضا الدارقطني والطبراني من طرق أخرى .
وهي وان كانت لاتخلو من ضعف لكن يعضد بعضها بعضا فيرتقي الحديث الى الحسن لغيره .
انظر : نصب الراية ٤٠٠/٤ ، مجمع الزوائد ٢١٢/٤ .
سنن ابن ماجة ، الوصايا ، باب الوصية بالثلث ٩٠٧/٢ .
سنن الدارقطني ، الوصايا ١٥٠/٤ .

(٢) انظر : ف : المبسوط ١٣٨/٢٩ ، تبيين الحقائق ٢٣٠/٦ .
م : مواهب الجليل ٤٠٥/٦،٤٠٩ ، الشرح الكبير ٤٥٨/٤ .
ش : مغني المحتاج ٣/٣ ، أسنى المطالب ٤/٣ .
ل : كشاف القناع ٤٠٣/٤ ، المبدع ٢٨/٦ .

(٣) سورة النساء : ١١

(٤) انظر : المبسوط ١٣٨/٢٩ .

اجتماع الوصايا وتزاحمها :

إذا اجتمعت الوصايا ووسعها ثلث الباقى من التّركة : نفذت جميعا .

وإن ضاق عنها الثّلث : فللفقهاء تفصيل فى المسألة على النّحو التّالى :

أولا : مذهب الحنفيّة :

إن الوصايا المجتمعة عند الحنفيّة لها ثلاث حالات :

الحال الأولي : ما إذا كانت للعباد خاصّة .

فإنّها تنفذ جميعا بالحصص ولايقدّم بعضها على بعض إلّا أن ينص الموصى على التّقديم ، أو يكون البعض عتقا أو محاباة منجّزة فى مرض الموت فإن كان بدىء بها ـ علما بأنّه لاعتق فى هذه الأيام ويبقى الكلام فى تقديم الموصِي والمحاباة ـ .

واستدلّوا على ذلك :

بأنّ حقوق العباد متساوية فى السّبب والتّساوى فيه يوجب التّساوى فى الاستحقاق . ويستثنى من حقوقهم تقديم الموصى والعتق والمحاباة فى مرض الموت :

أمّا تقديم الموصى : فتنفيذا لإرادته .

وأمّا العتق والمحاباة : فلأنّهما ينفذان عقب الموت من غير حاجة إلى التّنفيذ فهما فى المعنى أسبق ممّا يحتاج إلى تنفيذه بعد الموت والتّرجيح بالسّبق (١) .

---

(١) انظر : رد المحتار ٤٢٣/٥ ، تبيين الحقائق ١٩٦/٦ ، العناية شرح الهداية ٤٧٠/١٠ ، تيسير التحرير ٢٧٧/٢ .

والحال الثّانية : ما إذا كانت الوصايا المتزاحمة حقّاً للّه تعالى :

وهي إمّا أن تكون متفاوتة في القوّة من حيث الحكم ، وإمّا أن تكون متساوية .

فالمتفاوتة : يبدأ فيها بالفرائض سواء قدّمها الموصى أم أخرها ، ثمّ بالواجبات ، ثمّ بالنّوافل .

والمتساوية : يبدأ فيها بما قدّمه الموصي لأنّ الظّاهر أنّه يبتدىء بالأهمّ .

- وهذا في المعتمد من المذهب الحنفي .(١)

- ولهم أقوال أخرى في تقديم الوصايا المتساوية في القوّة بمرجّحات أخرى .

فمن ذلك : ما إذا كانت الوصايا كلّها فروضاً . ويتصوّر ذلك في عدة صور :

الأولى : ما إذا اجتمعت الزّكاة والحجّ .

فيبدأ بالزّكاة وتقدّم على الحجّ في إحدى الرّوايتين عن أبي يوسف رحمه اللّه .

لأنّهما وإن استويا في الفرضيّة فالزّكاة تعلّق بها حقّ العباد فكان أولى .

وفي رواية أخرى عنه : أنّه يقدّم الحجّ وهو قول محمد بن الحسن رحمه اللّه :

لأنّ الحجّ يقام بالمال والنّفس ، والزّكاة بالمال قصرا عليه فكان الحجّ أقوى .(٢)

---

(١) انظر : الهداية بشرح نتائج الأفكار ٤٧٠/١٠ ، رد المحتار ٤٢٤،٤٢٣/٥ .
(٢) انظر : نفس المراجع السابقة .

والصّورة الثّانية : ما إذا اجتمعت الزّكاة أو الحجّ مع الكفّارات :

فتقدّم الزّكاة أو الحجّ على الكفّارات لمزيتهما عليها في القوّة إذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفّارات .(١)

ففي الزّكاة قوله تعالى : {وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ}(٢) .

وفي الحجّ قوله تعالى : {وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلْعَالَمِينَ}(٣) .

والصّورة الثّالثة : ما إذا اجتمعت الكفّارات :

فتقدّم كفّارة القتل على كفّارة اليمين لقوّتها .

وتقدّم كفّارة اليمين على كفّارة الظّهار لوجوبها بهتك حرمة اسم اللّه تعالى والثّانية بإيجاب الإنسان حرمة على نفسه .(٤)

وامّا إذا كانت الوصايا كلّها واجبات : فيجرى التّقديم فيها ايضا على هذا القياس فمن ذلك :

- تقديم صدقة الفطر على كفّارة الإفطار في رمضان لكونها واجبة بالإجماع وبالأخبار المستفيضة ، وكفّارة الإفطار واجبة بخبر الآحاد .(٥)

- وتقديم صدقة الفطر ايضا على النّذر لكونها واجبة بإيجاب الشّرع ، والنّذر واجب بإيجاب العبد .(٦)

---

(١) انظر : شرح العناية على الهداية ٤٧١/١٠ .
(٢) سورة التوبة : ٣٤
(٣) سورة آل عمران : ٩٧
(٤) انظر : رد المحتار ٤٢٤/٥ .
(٥) انظر : نفس المرجع السابق .
والإجماع على وجوب صدقة الفطر نقله ابن المنذر (انظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٣ ط: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ ، ونيل الأوطار ٢٤٩/٤) وهذا الإجماع لا يعارضه ما جاء في بداية المجتهد ٢٧٨/١ (وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة) لأن خلافهم بعد انعقاد الإجماع فلا يعارضه .
(٦) انظر : رد المحتار ٤٢٤/٥ .

- ومعنى هذا أنّ كفّارة الفطر فى رمضان مقدّمة عليه ايضا لنفس السّبب .

- وتقديم النّذور على الاضحية لوقوع الاختلاف فى وجوب الاضحية دون النذر (١) .

والحال كذلك فيما لو كانت الوصايا كلّها نوافل :

فيبدأ بالأفضل فالأفضل .

واختلفت الرّواية عن أبى حنيفة رحمه اللّه فى تفضيل الحجّ النّفل على غيره :

فروي عنه : أنّه يبدأ بالصّدقة ثمّ بالحجّ النّفل .

ولكنّ مذهبه الّذى رجع إليه اخيرا أنّ الحجّ النّفل أفضل من الصّدقة لانّه لمّا شاهد مشقّة الحجّ رجع عن قوله الأوّل فإذا حجّ الإنسان بمقدار مايريد إنفاقه كان أفضل (٢) .

ولاننسى هنا أنّ القول بتقديم بعض الوصايا على بعض هو خلاف المعتمد من المذهب .

والحال الثّالثة : ما إذا كانت الوصايا المتزاحمة جامعة بين حقّ اللّه تعالى وحقّ العباد :

فإنّه يقسم الثّلث على جميعها ، ويجعل كلّ جهة من جهات القرب مفردة بالضّرب ولاتجعل كلّها جهة واحدة .

لانّه وإن كان المقصود بجميعها وجه اللّه تعالى فكلّ واحدة منها فى نفسها مقصودة فتنفرد كوصايا الآدميين ثمّ تجمع فيقدّم الاهمّ فالاهمّ .

فلو قال الموصِي مثلا : ثلث مالي في الحجّ والزّكاة

---

(١) انظر : الدر المختار ورد المحتار ٤٢٤/٥ .
(٢) انظر : رد المحتار ٤٢٤/٥ .

ولزيد والكفّارات : قسم الثّلث على أربعة أسهم ولايقدّم الفرض على حقّ الآدمي لحاجته .

هذا إذا كان الآدمي معينا .

وأمّا إذا كان غير معين بأن أوصى بالصّدقة على الفقراء فلايقسم الثّلث بل يقدّم الأقوى فالأقوى .

لأنّ الكلّ يبقى حقّا للّه تعالى إذا لم يكن ثمّ مستحقّ معيّن (١) .

ثانيا : مذهب المالكيّة :

رتّب المالكيّة الوصايا إذا فاق الثّلث عن جميعها ترتيبا مطوّلا أذكر منه ماخلا عن الرّقيق لعدم وجوده فى هذه الأيام .

وهذا التّرتيب على النّحو الآتى :

أوّلا : فكّ الأسير المسلم :

فيقدّم أولا من ثلث المال فكّ الأسير المسلم إذا أوصى به الإنسان ولم يتعيّن عليه قبل موته .

فإن تعيّن عليه لعدم وجود غني غيره فمن رأس المال .

وثانيا : صداق من تزوّجها الإنسان فى مرضه :

فيلي فكّ الأسير فى الرّتبة صداق مريض لمن تزوجها فى مرض موته ودخل بها ومات فيه سواء أوصى به أم لا .

وللزّوجة الأقلّ من المسمّى وصداق المثل من الثّلث .

(١) انظر : رد المحتار ٥/٤٢٣،٤٢٤ .

وثالثا : الزّكاة الماضية الموصى بها :

فيلي ماسبق في الرّتبة الزّكاة الماضية الموصى بها إذا فرّط فيها الإنسان في سالف الأزمان وتخرج من ثلث ماله .

وأخّرها المالكيّة عن الصّداق لأنّه معلوم والزّكاة لايدري أصدق في بقائها في ذمّته أولا .

فإن لم يوص بها فلاتخرج ويحمل على أنّه كان أخرجها .

وأمّا الّتي اعترف بحلولها عام موته وأوصى بإخراجها : فمن رأس المال ، فإن لم يوص بها وعلمت بها الورثة فعليهم إخراجها من رأس المال .

ورابعا : زكاة الفطر الماضية :

وهي الّتي فات وقتها بغروب يوم الفطر فإنّها تلي ماسبق في الرّتبة وتخرج من الثّلث .

لأنّها واجبة بالسّنّة ، وزكاة المال واجبة بنصّ القرآن فتؤخّر عنها .

وأمّا زكاة الفطر الحاضرة كأن مات الإنسان ليلة الفطر أو يومه : فتخرج من رأس المال ويجبر عليها الوارث إن أوصى بها ، وإلاّ فيؤمر الوارث من غير جبر .(١)

وخامسا : الكفّارات :

وقد رتّبها المالكيّة أيضا على النّحو التّالي :

فتقدّم كفّارة الظّهار والقتل الخطأ على غيرهما ويقرع بينهما إن ضاق الثّلث عنهما .

ثمّ كفّارة اليمين : لأنّها على التّخيير والكفّارتان

---

(١) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٤١/٤، ٤٤٢ ، حاشية الدسوقي ٦١٢/٤ ، شرح الزرقاني على خليل ١٩١/٨-١٩٣ .

السّابقتان على التّرتيب فالعتق فيهما اثبت لاينتقل عنه إلاّ مع عدم القدرة عليه وللعتق تاثير فى التّقديم .

ثمّ كفّارة الفطر فى رمضان عمدا باكل او شرب او جماع .

وإنّما اخّرت عن كفّارة اليمين لانّ كفّارة اليمين ثابتة بنصّ القرآن ، وكفّارة الفطر فى رمضان ثابتة بخبر الآحاد .

ثمّ كفّارة التّفريط فى قضاء رمضان حتّى يدخل رمضان آخر وإنّما أخرت عن كفّارة الفطر فى رمضان عمداً لأنّها ثابتة بالاجتهاد وكفّارة الفطر بالنّص فقدّمت الأخيرة عليها (١) .

وهذا عند من قال منهم إن أخبار الآحاد مقدّمة على القياس (٢) .

ولأنّ كفّارة الفطر لخلل حصل فى ذات الصّوم وكفّارة التّفريط لتأخير فى قضائه عن وقته ولاشكّ أنّ الأولى آكد (٣) .

وسادسا : النّذر :

فيلى ماسبق النّذر الّذى لزم الإنسان سواء نذره فى صحّته أم فى مرضه ويخرج من الثّلث .

وخصّه بعض المالكيّة بالنّذر فى الصّحّة ، وأمّا نذر المرض فيليه فى الرّتبة .

وإنّما تأخّر النّذر عن كفّارة التّفريط فى قضاء رمضان لأنّ النّذر أوجبه الإنسان على نفسه وكفّارة التّفريط وجبت بالشّرع (٤) .

---

(١) وسيأتى للكفارات مزيد بيان فى بابها .
(٢) ولهم قول آخر : أن أخبار الآحاد والقياس متساويان فعليه يجب أن يتحاص كفارة الفطر فى رمضان عمدا وكفارة التفريط فى قضائه .
انظر : المنتقى ١٦٩/٦ ، المراجع السابقة ص ٤٤٠ .
(٣) انظر : حاشية الدسوقى ٤٤٢/٤ .
(٤) انظر : الشرح الكبير ٤٤٢/٤ .

وسابعا : الوصية بالحجّ :

وأخيرا الوصيّة بالحجّ عن الإنسان غير أنّ حجّ الصّرورة (أي حجّ الّذي لم يؤدّ حجّة الإسلام) أقوى رتبة من غيره (١) .

والاحظ على مذهب المالكيّة أمرين :

الأوّل : أنّهم أخّروا الوصية بالحجّ مع كونه فريضة كالزّكاة وسبب ذلك أنّ الإمام مالك رحمه اللّه كره الوصيّة بالحج (٢) .

ولذلك قال الباجي (٣) رحمه اللّه : (إنّما تبدأ الوصايا على الحجّ لكراهية الوصيّة لا لأنّ سائر الوصايا أفضل منه) (٤) .

والثّاني : أنّ التّرتيب الّذي ذكره المالكيّة فيما كان حقّا للّه تعالى من الوصايا باستثناء صداق الزّوجة في مرض الموت فإنّه حقّ للمرأة وهو مقدّم على غيره من الوصايا المذكورة وجعلوه في الثّلث وإن لم يوص به الإنسان .

وأمّا إذا كانت الوصايا المجتمعة للعباد خاصّة : فقد جاء في المدونة وفي بداية المجتهد : أنّهم يتحاصّون (٥) .

---

(١) انظر : نفس المرجع السابق .
(٢) انظر : الشرح الصغير وحاشية الصاوي ١٤/٢، ١٥ .
(٣) هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي الأندلسي القرطبي الباجي الذهبي . أصله من مدينة بطليوس - مدينة كبيرة بالأندلس - فتحول جده الى باجة - بلدة بقرب اشبيلية - فنسب اليها . من كبار فقهاء المالكية . من مؤلفاته : التسديد الى معرفة التوحيد ، واحكام الفصول في أحكام الأصول ، وشرح الموطأ وهو نسختان احدهما الاستيفاء ثم انتقى منها فوائد سماها المنتقى . وكانت حياته من سنة ٤٠٣هـ الى سنة ٤٧٤هـ .
انظر : سير اعلام النبلاء ٥٣٥/١٨ ، شجرة النور الزكية ص ١٢٠ .
(٤) انظر : المنتقى ١٧٢/٦ .
(٥) انظر : المدونة ٣٠٦/٤ ، بداية المجتهد ٣٣٨/٢ .

ولم أر للمالكيّة نصّا فيما إذا كانت الوصايا المجتمعة للّه وللعباد .

ثالثا : مذهب الشّافعيّة والحنابلة :

إذا تزاحمت الوصايا وكان فيها واجبات للّه تعالى كالوصيّة بالحجّ والزّكاة ، أو للآدمي كقضاء الدّيون الّتي على الميّت للعباد ، وكان فيها أيضا تبرّعات وضاق الثّلث عن جميعها : فإنّ للشّافعيّة والحنابلة قولين في ذلك :

الأوّل : انّه يقسّط الثّلث على الجميع لأنّ الجميع منه (١) .

فإن كان مايخصّ الواجبات لايكفي تمّم من رأس المال كلّه (٢) .

---

(١) انظر : ش : المهذب ٤٦١/١ ، مغني المحتاج ٦٧/٣ ، شرح منهج الطلاب ٢٨٤/٣ .
ل : المغني ١٢٩/٦ ، المبدع ٢٩/٦ .

(٢) هذا القول يترتب عليه دور المسألة لأنه لايعلم تتمة الواجب حتى يعلم مايستحقه بالمزاحمة ، ولايعلم مايستحقه بالمزاحمة حتى يعلم الثلث فعلى هذا يحتاج الى العمل بطريق الجبر .
فلو كان المال ثلاثين ، والواجب الموصى به عشرة ، والوصية بالتبرع عشرة : فالثلث يضيق عن الموصى به فيكمل الواجب بشيء من رأس المال فتصير التركة ثلاثين الا شيئا ، وثلثها عشرة الا ثلث شيء ، ثم يقسم هذا الثلث نصفين بين الواجب والتبرع ، ثم يضم لنصيب الواجب الشيء الذى من رأس المال وذلك يعدل العشرة التى للواجب .
انظر : المراجع السابقة .
وتكون المعادلة كالآتي :
نفرض مايتم به الواجب = س

فتكون المعادلة = $\frac{\frac{1}{3}(30 - س)}{2}$ + س = ١٠

$\frac{10 - س/3}{2}$ + س = ١٠

١٠ − $\frac{س}{3}$ + ٢س = ٢٠

=

لأنّ الواجبات فى الأصل من رأس المال كلّه وإنّما اعتبرت من الثّلث بالوصيّة .(١)

ولأنّه لابدّ من وفاء الواجبات ولم يبق من الثّلث ماهو محلّ لها .(٢)

والقول الثّاني : انّه تقدّم الواجبات بالغة مابلغت من الثّلث سواء أكانت للّه تعالى أم للإنسان ثمّ يصرف مافضل فى الوصايا بالتّبرّع .

وإن لم يفضل شيء بطلت الوصيّة بالتّبرّع .(٣)

ونصّ الحنابلة على أنّه إذا لم يف الثّلث فى هذه الحال بالواجب أتمّ من رأس المال .(٤)

$$٢س - \frac{س}{٣} = ١٠$$

$$\frac{٥}{٣} س = ١٠$$

$$س = \frac{٣٠}{٥} = ٦$$

فتخرج من التركة = ٣٠ - ٦ = ٢٤
ثلثها = ٨ تقسم بين الوصيتين = ٤
وذكر الحنابلة طريقا آخر وهو :
أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ، ثم مابقى من الواجب يؤخذ من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ففى المثال السابق : يحصل الواجب خمسة ، يبقى له خمسه - وهذه الأخيرة يأخذها بالقسط - فيأخذ من صاحب التبرع واحدا لأنه بنسبة مالصاحب التبرع وهو خمسة من خمسة وعشرين فكانت الخمس ، ويأخذ من الورثة أربعة .
انظر : المبدع ٣١/٦ .

(١) انظر : المهذب ٤٦١/١ .
(٢) انظر : المبدع ٣٠/٦ .
(٣) انظر : ش : المهذب ٤٦١/١ .
ل : المغنى ١٢٩/٦ ، المبدع ٣٠/٦ ، كشاف القناع ٣٥٢/٤
(٤) انظر : المغنى ١٢٩/٦ .

موازنة بين أقوال الفقهاء السّابقة فيما إذا ضاق الثّلث عن الوصايا المتزاحمة :

بالموازنة بين تلك الأقوال يظهر مايلى :

أوّلا : أنّ الوصايا المتزاحمة الّتى هي حقوق للعباد تنفذ جميعا بالحصص عند الجميع .

وثانيا : أنّ الوصايا المتزاحمة الّتى هي حقّ للّه تبارك وتعالى : يبنى فيها التّقديم عند الحنفيّة على حكم كلّ منها فيقدّم الفرض على الواجب وهكذا .

وإن تساوت فى الحكم : بدىء بما قدّمه الموصِي في المعتمد من مذهبهم .

ولهم أقوال أخرى يبنون فيها التّقديم على مرجّحات غير تقديم الموصِي .

وأمّا المالكيّة : فإنّهم لايفرّقون بين الفرض والواجب فالجميع واجبات عندهم ولذلك كان لهم طريق فى التّقديم مبني على مرجّحات أخرى .

وبالموازنة بين ماقدّمه الحنفيّة على غيره وماقدّمه المالكيّة نجد :

(أ) أنّ كلاًّ من الزّكاة والحجّ : مقدّم على غيره عند الحنفيّة وقد وافقهم المالكيّة في الزّكاة الماضية الموصَى بها ، وأمّا الزَّكاة الحاضرة فقد جعلها المالكيّة بمثابة الدّيون تخرج من راس المال إن أوصى بها الميّت أو علم بها الورثة .

وأمّا الحجّ : فقد أخّره المالكيّة كما نبّهت على ذلك فى مذهبهم .

(ب) وأنّ كفّارة القتل مقدّمة على غيرها من الكفّارات عند الحنفيّة والمالكيّة .

(ج) وأنّ كفّارة اليمين تلي كفّارة القتل عندهم .

(د) وأنّ كفّارة الظّهار مختلف فيها فيما بينهم :

فقد جعلها المالكيّة مساوية لكفّارة القتل : لأنّهم نظروا إلى تاثير العتق في التّقديم والعتق فيهما اثبت من كفّارة اليمين .

وجعلها الحنفيّة بعد كفّارة اليمين في الرّتبة لوجوبها بإيجاب الإنسان حرمة على نفسه .

ونظرا لانّه لاعتق الآن فالاخذ بقول الحنفيّة اولى .

(هـ) وأنّ صدقة الفطر : مختلف فيها بينهم :

فقد جعلها الحنفيّة بعد الكفّارات السّابقة لأنّ تلك الكفّارات واجبة بالكتاب وصدقة الفطر واجبة بالسّنّة .

وأمّا المالكيّة فقد قدّموا صدقة الفطر الماضية على الكفّارات ولعلّهم ألحقوها بالزّكاة .

(و) وأنّ كفّارة الفطر في رمضان تلي الكفّارات السّابقة عند الحنفيّة والمالكيّة .

(ز) وأنّ كفّارة التّفريط في قضاء رمضان تلي الكفّارات السّابقة عند المالكيّة ولم يقل بها الحنفيّة .

(ح) وأنّ النّذور تلي كلّ ماسبق عند الحنفيّة والمالكيّة .

وامّا الشّافعيّة والحنابلة : فالظّاهر من كلامهم تقسيط الثّلث على الوصايا المتزاحمة الّتي هي حقّ للّه تعالى .

وثالثا : أنّ الوصايا المتزاحمة الّتي تجمع بين حقوق اللّه تعالى وحقوق العباد اختلف فيها الفقهاء على قولين :

الأوّل : أنّها تتزاحم ويقسم الثّلث على الجميع بالحصص وهو قول الحنفيّة وقول للشّافعيّة والحنابلة إلاّ أنّه إذا ضاق الثّلث عن الوفاء بحقّ اللّه تعالى : يتمّ من راس المال عند الشّافعية والحنابلة .

والثّاني : تقديم الواجبات سواء أكانت للّه أم للآدمى وهو قول للشّافعيّة والحنابلة والله أعلم .

المطلب الخامس : الميـــراث

وهـو مـايثبت لـغـير المـيـت بطريق الخلافة إذا كان ذلك الغير ممّن ثبت إرثه شرعا .

وهـو الحقّ الأخير من الحقوق المتعلّقة بالتّركة فقد ذكر اللّه سبحانه وتعالى السّهام المقدرة لمستحقّيها من الورثة وقال : {مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ}(١) أى هذه السّهام إنّما تدفع إلى هؤلاء إذا فضل عن الدّين والوصيّة (٢) .

مايندرج تحت الميراث :

يندرج تحت الميراث أمران :

الأوّل : المـال البـاقى مـن التّركـة بعـد أداء الحقوق السّابقة وهو الّذى يتسلّط عليه الورثة بالتّصرّف وإلاّ فتعلّق الحقوق السّابقة بالتّركة لايمنع الإرث فى قول للفقهاء (٣) .

---

(١) سورة النساء : ١١

(٢) انظر : تفسير الفخر الرازى ٢٢٣/٩ .

(٣) فالصحيح عند الشافعية والظاهر عند الحنابلة : أن الدين لايمنع انتقال المال الى الورثة لأن تعلقه بالتركة لايزيد عن تعلق حق المرتهن بالمرهون والمجنى عليه بالجانى وذلك لايمنع الارث فكذا هذا .
انظر : المهذب ٢٤/٢ ، مغنى المحتاج ١٤٦/٢ ، المغنى ٤٨٣/٤ .
وكذلك الوصية فقد جعلها طائفة من الحنابلة كالدين على ملك الوارث .
انظر : القواعد لابن رجب ص ١٩٤ .
والقول الثاني : أن الدين يمنع من انتقال المال الى الورثة بل يبقى على ملك الميت حكما فى ماله اليه حاجة ومنه الدين وهو مذهب الحنفية وقول للشافعية والحنابلة وسواء فى ذلك ما اذا كان الدين محيطا بالتركة باتفاق القائلين بهذا القول أم كان غير محيط على الراجح من قولى أبى حنيفة لقوله تعالى : {من بعد وصية يوصى بها أو دين} . =

والامر الثّاني : مايورث من الحقوق وهو نوعان :

أحدهما : الحقوق الماليّة وهي كلّ حقّ متعلّق بالمال .

لانّ الورثة يرثون المال فيرثون ماتعلّق به .

وهذا مذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة إلاّ أنّ الحنابلة قيّدوا ذلك بأن يكون الميّت قد طالب بحقّه قبل وفاته كخيار الشّرط فإنّه ينتقل إلى الورثة إذا كان المورّث قد طالب به فى حياته ، أو يكون الحقّ فى يد المورّث قبل أن يموت كالموات المتحجّر وحقوق الاختصاصات الّتى تحت يده فإنّها تنتقل إلى ورثته (١) .

وأمّا الحنفيّة : فقد قالوا بتوريث بعض الحقوق الماليّة دون بعض فممّا يورّث عندهم حقّ حبس المبيع وحبس الرّهن ، دون حقّ الشّفعة وخيار الشّرط (٢) .

لأنّهم يرون أنّ هناك مانعا من توريثها فقد قالوا فى الشّفعة إنّها حقّ مجرد (٣) .

وقالوا فى خيار الشّرط : إنّه مشيئة وإرادة ولايتصوّر انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال (٤) .

= انظر : المبسوط ١٣٧/٢٩ ، تيسير التحرير ٢٨٤/٢ ، المهذب ٢٤/٢ ، ٣٣٤/١ ، مغنى المحتاج ١٤٦/٢ ، المغنى ٤٨٣/٤ .
وأما فى الوصية : فان المال لاينتقل الى الورثة بل يكون الموصى له شريكا للورثة بالثلث وهو مذهب الحنفية وقول للحنابلة .
انظر : تبيين الحقائق ٢٣٠/٦ ، القواعد لابن رجب ص١٩٤ .

(١) انظر : م : الفروق ٢٧٥/٣، ٢٧٧ ، تهذيب الفروق ٢٨٤/٣ .
ش : حاشية الشهاب الرملى ٣/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٧٢ .
ل : القواعد لابن رجب ص ٣١٦، ٣١٧ .

(٢) انظر : رد المحتار ٤٨٦/٥ ، تكملة البحر الرائق ٥٥٧/٨

(٣) انظر : رد المحتار ١٥٣/٥ .

(٤) انظر : الهداية بشرح فتح القدير ٣١٨/٦ .

والثّاني : الحقوق التى تدفع ضرراً عن الوارث وتحقّق له التّشفى ويتمثّل ذلك في حدّ القذف ، وفي القصاص .

أمّا حدّ القذف : فإنّه يورّث لأجل شفاء غليل الورثة بما دخل على عرضهم من قذف مورّثهم .

وهذا قول المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة إلاّ انّ الحنابلة اشترطوا لذلك ان يكون المورّث قد طالب به قبل موته .

وقال الحنفيّة : إنّه لايورّث لأنّه من الحقوق التّى يغلب فيها حقّ اللّه تعالى عندهم فلاتورّث (١) .

وأمّا القصاص :

فإن كان قصاصا فى النّفس : فإنّ الورثة يقومون فيه مقام المورّث إلاّ أنّ من الفقهاء من قال : إنّ ذلك يثبت لهم ابتداء لاإرثا . وهو قول أبى حنيفة رحمه اللّه والمالكيّة وهو الصّحيح عند الشّافعيّة .

ومنهم من قال : إنّهم يرثون ذلك وهو قول الحنابلة والصّاحبين من الحنفيّة (٢) .

وإن كان القصاص فيما دون النّفس : فإنه يورّث .

---

(١) انظر : ف : رد المحتار ٤٨٦/٥ . وانظر ماسبق فى حق الله تعالى فى الباب الأول .
م : الشرح الصغير ٤٦٧/٤ ، الفروق للقرافى ٢٧٥/٣ .
ش : حاشية الشهاب الرملى ٣/٣ .
ل : القواعد لابن رجب ص ٣١٧،٣١٦ ، كشاف القناع ١١٣/٦.

(٢) انظر : ف : تيسير التحرير ٢٨٧/٢ ، تبيين الحقائق ١١٣/٦ ، الدر المختار ٣٦٤/٥ .
م : الفروق ٢٧٥/٣ .
ش : مغنى المحتاج ٤٠،٣٩/٤ .
ل : المغنى ٧٤٣،٧٤١/٧ ، كشاف القناع ٥٣٥/٥ .

نصّ على ذلك المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة (١).

تلك هي الحقوق الّتي تورث عن الإنسان على خلاف بين الفقهاء في تعيينها .

وأمّا الحقوق الّتي لاتورّث : فهي مايرجع إلى رغبة الإنسان وإرادته كحقّ الإنسان في اللّعان وفي اختيار أربع من زوجاته اللاّتي أسلم عليهن ، أو اختيار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما ، وكحقّه فيما فوّض إليه من الولايات والمناصب وكحقّه في الوكالة والأمانة .

فمتى مات الإنسان الّذي ثبتت له هذه الحقوق : فإنّ ورثته لايثبت لهم شيء منها .

نصّ على ذلك المالكيّة والشّافعيّة (٢).

المستحقّون للميراث ورتبهم :

عنِي الفقهاء رحمهم اللّه تعالى بتوضيح قسمة الميراث على مستحقّيه وإعطاء كلّ ذي حقّ حقّه .

ومايهمّنا هنا هو معرفة رتب المستحقّين المتزاحمين على الميراث كما رتّبها الفقهاء وفقا للأدلّة الدالّة على ذلك وإن كان هناك خلاف في بعض الرّتب .

وهذه الرّتب هي :

---

(١) انظر :
م : الفروق ٢٧٩/٣ .
ش : مغني المحتاج ٤٠/٤ .
ل : القواعد لابن رجب ص ٣١٧ .
(٢) انظر : م : الفروق ٢٧٥/٣ ، تهذيب الفروق ٢٨٤/٣ .
ش : حاشية الشهاب الرملي ٣/٣ .

الرّتبة الأولى : أصحاب الفروض .

وهم أصحاب السّهام المقدرة فى الكتاب أو السّنّة .

ويبدأ بهؤلاء لأنّ القرآن والسّنّة بدأ بإعطاء كلّ ذى حقّ حقّه من هؤلاء (١) .

الرّتبة الثّانية : العصبة النّسبيّة .

وهم كلّ ذكر يدلي بنفسه بالقرابة ليس بينه وبين الميّت أنثى .

فإنّه متى كان مع ذوي الفروض غير المستغرقين للميراث: أخذ مابقي ، وإن كان مع مستغرقين : فلاشيء له ، ومتى انفرد أخذ المال كلّه (٢) .

فالعصبات النسبيّة يأخذون الرّتبة الثّانية بعد ذوى الفروض .

وممّا يدلّ على ذلك : ماأخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى ابن عباس رضي اللّه عنهما قال : قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم : (أَلْحِقُوا اَلْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٣٠/٦ ، الدر المختار ٤٨٥/٥ ، مجمع الأنهر ٧٤٧/٢ .
م : الشرح الصغير ٦٢٠/٤ ، شرح الزرقاني على خليل ٢٠٥/٨ .
ش : شرح منهج الطلاب ٢٤٦/٣ ، مغني المحتاج ٩/٣ ، المهذب ٢٦/٢ .
ل : شرح منتهى الارادات ٥٧٩/٢ ، كشاف القناع ٤٠٥/٤ .

(٢) انظر : المراجع السابقة .
وفتح البارى ١٣/١٢ وقد جاء فيه : (أن تسمية الفقهاء للأخت مع البنت عصبة على سبيل المجاز لأنها لما كانت فى هذه المسألة تاخذ مافضل عن البنت أشبهت العاصب) .

لِأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ)[1] .

ومعنى (أَوْلَىٰ) : أقرب وهو دليل على حقّ العصبة النّسبيّة في الميراث وأنّه يلي حقّ أصحاب الفروض[2] .

<u>الرّتبة الثّالثة : العصبة السّببيّة .</u>

والمقصود بهم كلّ من أنعم بالعتق سواء أكان رجلا أم امرأة ويسمّى مولى العَتَاقَة .

وقد جعل لهم النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم الولاء في قوله صلّى اللّه عليه وسلّم في الحديث الّذي أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى عَائِشَةَ رَضِيَ اللّهُ عَنْهَا أَنَّ ٱلنَّبِيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : (إِنَّمَا ٱلْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ)[3] .

والولاء هو هذه العصوبة الثّابتة بالعتق .

---

(١) انظر : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الفرائض باب ميراث الولد من أبيه وأمه ١١/١٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها ٥٩/٥ .

(٢) انظر : فتح الباري ١١/١٢ ، نيل الأوطار ١٧٠/٦ .
و(أولى) : أفعل تفضيل من الولي بسكون اللام وهو القرب أي لمن يكون أقرب في النسب الى المورث .

(٣) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٣٨/٦ ، الدر المختار ٤٨٧/٥ .
م : الشرح الصغير ٦٢٥/٤ .
ش : مغني المحتاج ٢٠/٣ .
ل : شرح منتهى الارادات ٥٩٣/٢ ، كشاف القناع ٤٢٧/٤ .
والحديث في : صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، الشروط في الولاء ١٧٧/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب العتق ، باب انما الولاء لمن أعتق ٢١٣/٤ .
سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، الوصايا ، في الولاء ١٢٦/٨ .
جامع الترمذي ، الولاء ، أن الولاء لمن أعتق ٣٢٠/٦ بلفظ : (الولاء لمن أعطى الثمن أو لمن ولي النعمة) .
سنن النسائي ، الزكاة ، اذا تمولت الصدقة ١٠٧/٥ .
سنن ابن ماجة ، العتق ، المكاتب ٨٤٣/٢ .

وقد أخرج ابن حبان والحاكم بسندهما إلى ابن عمر رضي الله عنهما أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : (اَلْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ اَلنَّسَبِ) (١) .

واللحمة : صلة قوية بين النّاس كصلة القرابة (٢) .

إلاّ أنّ صلة النّسب أقوى من الولاء فلاترث العصبة السّببية إلا عند عدم العصبة النّسبيّة .

وممّا يدلّ على ذلك :

ما أخرجه عبد الرّزاق عن الحسن أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال لمن سأله عن ميراث عتيقه : (إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ فَهُوَ لَكَ) (٣) .

وما أخرجه النّسائي وابن ماجة بسندهما إلى بنت حمزة قَالَتْ : مَاتَ مَوْلَايَ وَتَرَكَ اَبْنَةً فَقَسَمَ رَسُولُ اَللَّهِ صَلَّى اَللَّهُ عَلَيْهِ

---

(١) هذا الحديث أخرجه ابن حبان وصححه ، والحاكم وصححه وأقره الذهبي ، وقال البيهقي : (رواه الحسن مرسلا ، وروى من أوجه أخر كلها ضعيفة) .
وتضعيف البيهقي للحديث لايؤثر فيه فقد صححه غيره ولو سلمنا ماقاله فقد تعددت طرقه . على أن هذا الحكم لايعرف فيه مخالف .
انظر : الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ،كتاب البيوع باب البيع المنهي عنه ، ذكر العلة التى من أجلها نهى عن بيع الولاء وعن هبته ٢٢٠/٧ .
المستدرك مع التلخيص ، الفرائض ، الولاء لحمة ٣٤١/٤ .
سنن البيهقي مع الجوهر النقي ، كتاب الولاء ، باب من أعتق مملوكا له ٢٩٢/١٠-٢٩٤ .
نصب الراية ١٥١/٤ .

(٢) انظر : النهاية في غريب الحديث ٢٤/٤ .

(٣) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق مرسلا ، وأخرج البيهقي نحوه من طريق آخر عن الحسن مرسلا أيضا .
انظر : نصب الراية ١٥٣/٤ .
المصنف لعبد الرزاق ، كتاب الولاء ، ميراث ذى القرابة ٢٣/٩ .
سنن البيهقي ، الفرائض ، الميراث بالولاء ٢٤٠/٦ .

وَسَلَّمَ مَالَهُ بَيْنِي وَبَيْنَ ابْنَتِهِ فَجَعَلَ لِي النِّصْفَ وَلَهَا النِّصْفَ(١) .

هذا وعند عدم مولى العتاقة تقوم عصبته مقامه فى الميراث(٢) .

ومما يدلّ على ذلك ماروي عن الإمام أحمد رحمه اللّه بسنده إلى زياد بن أبى مريم أنّ امْرَأةً أَعْتَقَتْ عَبْداً لَهَا ثُمَّ

---

(١) هذا الحديث أخرجه النسائى وابن ماجة فى سننهما عن محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة .
ثم أخرجه النسائى عن عبد الله بن عون عن الحكم بن عتيبة ... وقال : وهذا أولى بالصواب من حديث ابن أبى ليلى وابن أبى ليلى كثير الخطأ .
كما أخرجه الحاكم وسكت عليه وأقره الذهبى من الطريق الأول .
وأخرجه الدارقطنى من طريق آخر عن ابن عباس رضى الله عنهما .
وأخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة من طرق أخرى عن ابنة حمزة .
وابنة حمزة هذه هى أمامة بنت حمزة بن عبد المطلب صرح بذلك الحاكم وهى أخت عبد الله بن شداد لأمه صرح بذلك ابن ماجه وعبد الرزاق وابن أبى شيبة . وجاء فى نصب الراية نقلا عن ابن الاثير : ان هذا هو الصحيح . وقال ابن عساكر فى (أطرافه) : ان لم تكن ابنة حمزة هذه أمامة فلاأدرى من هى .
انظر : نصب الراية ١٥٠/٤ ، الدراية ٢٩٧/٢ ، تلخيص الحبير ٨٠/٣ ، وقد روياه عن النسائى ولم أستطع العثور عليه فى السنن .
سنن ابن ماجة ، فى الفرائض ، ميراث الولاء ٩١٢/٢ .
المستدرك مع التلخيص ، الفضائل ، مناقب أمامة بنت حمزة ٦٦/٤ .
سنن الدارقطنى مع التعليق المغنى ، الفرائض ٨٣/٤ .
مصنف عبد الرزاق ، كتاب الولاء ، باب ميراث ذى القرابة ٢٢/٩ .
مصنف ابن أبى شيبة ، فى الفرائض ، فى ابنة ومولاه ٢٦٦/١١ .

(٢) انظر : ف : الدر المختار ٤٨٧/٥ ، تبيين الحقائق ٢٣٩/٦ .
م : الشرح الصغير ٥٤٩/٤ .
ش : مغنى المحتاج ٢١،٢٠/٣ .
ل : شرح المنتهى ٥٤٩/٢ ، كشاف القناع ٤٢٨/٤ .

تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ ٱبْنًا لَهَا وَأَخَاهَا ثُمَّ تُوفِّي مَوْلاَهَا مِنْ بَعْدِهَا فَأَتَى أَخُو ٱلْمَرْأَةِ وَٱبْنُهَا رَسُولَ اللّهِ صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي مِيرَاثِهِ ، فَقَالَ أَخُوهَا : يَارَسُولَ اللّهِ لَوْ جَرَّ جَرِيرَةً كَانَتْ عَلَيَّ وَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِهَذَا ؟ قَالَ : نَعَمْ (١) .

الرّتبة الرّابعة : الرّدّ على ذوي الفروض ـ على قول للفقهاء ـ

ويقصد به : ردّ الفاضل عن ذوى الفروض عليهم بقدر نسبة حقوقهم عند عدم العاصب .

وقد اختلف الفقهاء فى القول بالرّدّ على أقوال :

أحدها : أنّه يردّ على ذوي الفروض عند عدم العاصب على قدر فروضهم إلاّ الزّوج والزّوجة فلاردّ عليهما .

وهو مذهب الحنفيّة ، والظّاهر عند الحنابلة (٢) .

وهو مروي عن عمر وعلي وابن عبّاس وابن مسعود رضي اللّه عنهم (٣) .

وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثّوري (٤) .

---

(١) انظر : المراجع السابقة للحنابلة . ولم أستطع العثور على الحديث فى مسند الامام أحمد .

(٢) انظر : ف : الدر المختار ٤٨٥/٥ ، المبسوط ١٩٢/٢٩ ، مجمع الأنهر ٧٤٧/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٢٨/٤ ، شرح منتهى الارادات ٥٩٤/٢ .

(٣) انظر : سنن البيهقى ٢٤٤/٦ ، المغنى لابن قدامة ٢٠١/٦

(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ٢٠١/٦ ، والقائلون بهذا الرأى هم :
الحسن البصرى : سبق التعريف به .
ابن سيرين : هو أبو بكر محمد بن سيرين البصرى كان أبوه عبدا لأنس بن مالك كاتبه وأدى الكتابة .
وأمه صفية مولاة أبى بكر ، وهو أحد الفقهاء من أهل البصرة والمذكور بالورع فى وقته ، كانت ولادته لسنتين بقيتا من خلافة عثمان ، وتوفى سنة ١١٠هـ بعد الحسن البصرى بمائة يوم .
انظر : وفيات الأعيان ١٨١/٤ . =

والثّاني : أنّه لايردّ على ذوى الفروض بل يدفع الباقى لبيت المال إرثا بالعصوبة .

وهو مذهب الشّافعيّة ، والقول المشهور عند المالكيّة ورواية عن الإمام احمد رحمه اللّه (١) .

وهو مذهب زيد بن ثابت رضي اللّه عنه (٢) .

والثّالث : التّفرقة بين ما إذا كان بيت المال منتظما أو غير منتظم فيدفع الباقى إليه عند انتظامه ، ويردّ على ذوي الفروض عند عدم انتظامه .

وهذا هو الّذى اعتمده متاخرو المالكيّة والشّافعيّة (٣) .

= شريح : هو أبو أمية بن الحرث الكندى ولد قبل الهجرة أدرك الجاهلية ولم يلق النبى صلى الله عليه وسلم وهو من كبار التابعين ،وقيل له صحبة ولم يصح ذلك . كان معروفا بسعة الاطلاع والعلم والاجتهاد اختاره عمر قاضيا على الكوفة وظل قاضيا حتى تولى الحجاج على العراق فاستعفاه فأعفاه . توفى سنة ٧٨هـ أو ٨٠هـ وله من العمر ١١٠ أو ١٠٨ سنة .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٠٠/٤ ، تهذيب التهذيب ٢٨٧/٤
عطاء بن أبى رباح : سبق التعريف به .
ومجاهد:هو ابن جبر شيخ القراء والمفسرين أبو الحجاج المكى الأسود مولى السائب بن أبى السائب المخزومى ، ويقال مولى عبد الله بن السائب . روى عن ابن عباس فأكثر وأطاب وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه كما روى عن غيره من الصحابة . توفى سنة ١٠٤هـ وقيل غير ذلك .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٤٩/٤ .
الثورى : سبق التعريف به .

(١) انظر : م : مواهب الجليل ٤١٥/٦ ، الشرح الصغير ٦٢٩/٤ شرح الزرقانى على خليل ٢١٢/٨ .
ش : شرح منهج الطلاب ٢٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٦/٣ .
ل : الانصاف ٣١٧/٦ .

(٢) انظر : المراجع السابقة ، جامع الترمذى ٢٨٣/٦ ، مصنف عبد الرزاق ٢٨٧/١٠ .

(٣) انظر : م : مواهب الجليل ٤١٥/٦ ، الشرح الصغير ٦٢٩/٤ شرح الزرقانى على خليل ٢١٢/٨ .
ش : شرح منهج الطلاب ٢٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٧٠٦/٣ .

الأدلّـــة

أدلّة القول الأوّل :

استدلّ القائلون بالرّدّ بالأدلّة الآتية :

الأوّل : قوله تعالى : {وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ}(١) .

ووجه الدّلالة منه : أنّ معناه واللّه أعلم : أنّ الأقارب بعضهم أولى ببعض فى الميراث بسبب القرابة القويّة فهم أولى من بيت المال ومن الزّوجين لأنّ سبب القرابة لايتحقّق فى واحد منهما .

وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الأرحام لاستوائهم فى هذا الاسم إلّا انّ اصحاب الفروض قدّموا على غيرهم من ذوي الأرحام لقوّة قرابتهم ، فقوّة القرابة فى حقّهم بمنزلة العصوبة فى العصبات فكما أنّ العصبات يأخذون بقيّة المال بعد أصحاب الفروض فكذلك هؤلاء يأخذون . ومن هنا كانوا أحقّ بالرّدّ عليهم من ذوى الأرحام .

ومن هنا أيضا لايردّ على أحد الزّوجين لعدم وجود هذا السّبب فى حقّهما .

وهذا الاستدلال مبنيّ على أنّ قوله تعالى : {وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ ...} المراد به الوارثون فى سورة النّساء فالوارثون فى سورة النّساء يأخذون سهامهم المقدّرة فى هذه السّورة ثمّ

---

(١) سورة الأنفال : ٧٥

يأخذون مابقى بحكم آية الأنفال إذا لم يكن هناك عصبة .(١)

وهذا الاستدلال يناقش :

بأنّ حصر أولي الأرحام فى الوارثين المذكورين فى سورة النّساء غير مسلّم ولادليل عليه لأنّ أولي الأرحام يطلق على كلّ قريب سواء أكان صاحب فرض أم عصبة أم من ذوى الأرحام .

والثّاني : ماأخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى سعدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ أَنَّهُ لَمَّا دَخل عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعُودُهُ قَالَ : (يَارَسُولَ اَللَّهِ إنَّ لِي مَالاً كَثِيراً وَإِنَّمَا يَرِثُنِي اَبْنَتِي أَفَأُوصِي بِمَالِي كُلِّهِ ، قَالَ : لَا ، قَالَ : فَبِالثُّلُثَيْنِ ، قَالَ : لَا ، قَالَ : فَالنِّصْفُ ، قَالَ : لَا ، قَالَ : فَالثُّلُثِ ، قَالَ : اَلثُّلُثُ وَاَلثُّلُثُ كَثِيرٌ) .(٢)

ووجه الدّلالة منه :أنّ سعداً رضي اللّه عنه لم يكن له من القرابة إلاّ ابنة وقد حصر ميراثه فيها ولم ينكر عليه صلّى اللّه عليه وسلّم وإنما يتاتى حصر الميراث فيها بأن تاخذ بعضه بطريق الفرض وهو النّصف وتأخذ بعضه بطريق الرّدّ وهو النصف الآخر ولولاأنّ الحكم كذلك لأنكره النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم ولم يقرّه لاسيما فى موضع الحاجة إلى البيان ، فيكون دليلا على وجوب الرّدّ عند عدم العصبة .(٣)

وينا قش هذا الدّليل :

بأنّ سعداً رضي اللّه عنه كانت له عصبات كثيرة من بنى

---

(١) انظر : المبسوط ١٩٤/٢٩ ، تبيين الحقائق ٢٤٧/٦ ، تكملة البحر الرائق ٥٨٨/٨ ، المغنى ٢٠١/٦ ، شرح منتهى الارادات ٥٩٤/٢ ، كشاف القناع ٤٢٨/٤ .
(٢) هذا الحديث سبق تخريجه (واللفظ لمسلم) ص ٤٣٣ .
(٣) انظر : تبيين الحقائق ٢٤٧/٦ ، تكملة البحر الرائق ٥٨٨/٨ ، المبسوط ١٩٥/٢٩ .

زهرة . فالظاهر أنّ معنى قوله (لايرثني إلّا ابنة لي) المراد به : لايرثني من أصحاب الفروض فلايكون دليلا على حصر الميراث في ابنته .(١)

والثّالث : ماأخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه عن النّبي صلى الله عليه وسلم قال : (... مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ) .(٢)

ووجه الدّلالة منه : أنّ المال لايكون كلّه للورثة في جميع الحالات إلّا بالرّدّ على أصحاب الفروض إذا لم يكن فيهم عصبة .

ويناقش هذا الدّليل :

بأنّ الورثة كما يطلقون على من ورث في سورة النّساء يطلقون على العصبة وعلى ذوي الأرحام لأنّ هؤلاء جميعا يشملهم قوله تعالى : {وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ} .(٣)

---

(١) انظر : فتح الباري ٣٦٩/٥ .

(٢) انظر : الاختيار لتعليل المختار ٩٩/٥ ، المغني لابن قدامة ٢٠٢/٦ .
والحديث في صحيح البخاري ، الفرائض ، قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلأهله ٥/٨ .
وفي صحيح مسلم ، الفرائض ، باب من ترك مالا ٦٢/٥ .
وفي سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، الفرائض ، باب في ميراث ذوي الأرحام ١٠٦/٨ عن المقدام الكندي مرفوعا
وفي جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، أبواب الفرائض باب ماجاء في من ترك مالا فلورثته ٢٦٤/٦ عن أبي هريرة مرفوعا .
وفي سنن ابن ماجة ، في الفرائض ، باب ذوي الأرحام ٩١٤/٢ بسنده الى المقدام مرفوعا .
وفي سنن النسائي ، في الجنائز ، الصلاة على من عليه دين ٦٦/٤ .

(٣) سورة الأنفال : ٧٥

أدلّة القول الثّاني :

استدلّ القائلون بعدم الرّدّ على ذوى الفروض بل يدفع الباقى إلى بيت المال إرثا :

* بآيات المواريث (١) .

ووجه الاستدلال بها بيّنه الشّافعيّ رحمه اللّه بقوله : (إنّ هذه الآى فى المواريث كلّها تدلّ على أنّ اللّه عزّ وجلّ انتهى بمن سمّى له فريضة إلى شىء فلاينبغى لأحد أن يزيد من انتهى اللّه به إلى شىء غير ما انتهى به ولاينقصه فبذلك قلنا لايجوز ردّ المواريث) أى إلى أصحاب الفروض (٢) .

وقد تأيّد ذلك بقوله تعالى بعد ذكر أصحاب الفروض وأنصبائهم {تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَٰلِكَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ ۝ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ} (٣) .

والرّدّ على أصحاب الفروض المذكورة زيادة على تلك الفروض وتعدّ لحدود اللّه .

وعلى ذلك :

إذا بقي من المال شيء بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم والمفروض أن لاعصبة يكون الباقي لبيت المال بدليل ما أخرجه الإمام أحمد وأصحاب السّنن - إلاّ التّرمذى - بسندهم إلى

(١) الواردة فى سورة النساء .
(٢) الأم ٦/٤ . وانظر ١٠/٤ من نفس الكتاب .
(٣) سورة النساء : ١٣، ١٤

المقدام بن معديكرب (١) رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : (أَنَـا وَارِثُ مَـنْ لَاوَارِثَ لَـهُ أَعْقِـلُ عَنْـهُ وَأَرِثُهُ (٢)) .

ووجه الدّلالة منه : أنّه صلّى اللّه عليه وسلم لايرث شيئا لنفسه بل يصرفه للمسلمين ، فيكون الميراث لهم بوضعه فى بيت المال (٣) .

وسواء فى هذا ما إذا انتظم أمر بيت المال بإمام عادل يصرفه فى جهته أم لا .

لأنّ الإرث للمسلمين والإمام ناظر ومستوف لهم ،

---

(١) المقدام بن معد يكرب بن عمرو بن يزيد بن معدى كرب أبو كريمة وقيل أبو يحيى الكندى . صحابى جليل نزل حمص توفى سنة ٨٧هـ وهو ابن احدى وتسعين سنة وقيل غير ذلك انظر : تهذيب التهذيب ٢٥٥/١٠ ، سير أعلام النبلاء ٤٢٧/٣ .

(٢) هذا الحديث أخرجه الامام أحمد وأصحاب السنن الا الترمذى ، وصححه ابن حبان والحاكم ، وحسنه أبو زرعة الرازى ، وأعله البيهقى بالاضطراب ، ونقل عن يحيى بن معين أنه كان يقول : ليس فيه حديث قوى .
انظر : نيل الأوطار ١٧٩/٦ ، الدراية ٢٩٧/٢ .
وقال الحافظ الذهبى رحمه الله فى التلخيص : (ان فيه على بن أبى طلحة قال احمد : له اشياء منكرات ، قال الذهبى ولم يخرج له البخارى) .
ومعنى هذا أن الحديث لايرقى الى درجة الصحة بل لايرقى الى درجة الحسن ايضا .
انظر : مسند الامام أحمد ، حديث المقدام بن معدكرب ١٣٣/٤ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، فى الفرائض ، ميراث ذوى الأرحام ١٠٦/٨ .
سنن ابن ماجة ، فى الفرائض ، باب ذوى الأرحام ٩١٥/٢ .
المستدرك مع التلخيص ، الفرائض ، الخال وارث من لاوارث له ٣٤٤/٤ .
سنن البيهقى ، الفرائض ، من قال بتوريث ذوى الأرحام ٢١٤/٦ .
ومعنى أعقل عنه : وفى لفظ (له) : اى أؤدى عنه مايلزمه بسبب الجنايات التى تتحملها العاقلة .
انظر : عون المعبود ١٠٦/٨ .

(٣) انظر : شرح منهج الطلاب ٢٤٦/٣ ، مغنى المحتاج ٥/٣ .

والمسلمون لم يعدموا بل عدم المستوفي لهم فلم يوجب ذلك سقوط حقّهم وحسابهم على الله[(١)] .

ويناقش هذا الدّليل :

بأنّ الرسول صلّى الله عليه وسلم جعل بيت المال وارثا عند عدم الورثة وعدم الورثة لايتحقّق إلاّ إذا لم يكن للميت قرابة سواء أكانوا من أصحاب الفروض أم من العصبة أم من ذوى الأرحام بدليل قوله تعالى : {وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ}[(٢)] .

فمقتضى هذه الآية مع آيات النّساء أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم فإن كان معهم عصبة أخذوا الباقى وإن لم يوجد عصبة صرف المال إلى ذوى الأرحام .

فنحن نسلّم أنّ الدّليل الّذى ذكره الشّافعية يمنع من الرّدّ لكنّه لايجعل المستحقّ بعد أصحاب الفروض هو بيت المال بل المستحقّ ذوو الأرحام .

أدلّة القول الثّالث :

استدلّ القائلون بالتّفرقة بين ما إذا كان بيت المال منتظما وبين ما إذا لم يكن :

بأن المال مصروف إلى أصحاب الفروض أو إلى بيت المال بالاتّفاق وقد تعذّرت الجهة الثّانية لعدم انتظام بيت المال فتعيّنت الأخرى[(٣)] .

---

(١) انظر : المراجع السابقة ، مواهب الجليل ٤١٤/٦،٤١٥ ، حاشية الدسوقى ٤٦٨/٤ .
(٢) سورة الأنفال : ٧٥
(٣) انظر : أسنى المطالب ٧،٦/٣ ، مغنى المحتاج ٧/٣ .

ويناقش هذا القول : بأنّ الانتقال من أصحاب الفروض إلى بيت المال غير مسلّم لما تقدم .

فالظّاهر في المسألة : أنّ المقدّم في الميراث هم : أصحاب الفروض ثمّ ذوو الأرحام إذا لم توجد عصبة وأنّه لاردّ على ذوى الفروض .

وهو قول سعيد بن المسيّب (١) ، وعمر بن عبد العزيز .

فقد روى أنّهما ورّثا الخال وهو من ذوي الأرحام مع البنت ولو كان الرّدّ جائزاً لردّا الباقى عليها وحرما الخال (٢) .

وهذا القول هو رواية عن الإمام أحمد (٣) .

الرّتبة الخامسة : ذوو الأرحام ـ على قول للفقهاء ـ .

وهم : كلّ قرابة ليس بذى فرض ولاعصبة .

وقد اختلف الفقهاء في توريثهم على أقوال :

أحدها : أنّهم يرثون عند عدم العصبة ، وذوى الفروض إلاّ أحد الزّوجين فإنّ ذوى الأرحام يرثون مع وجوده لعدم الرّدّ عليه .

---

(١) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي من فقهاء التابعين بالمدينة المنورة . جمع بين الفقه والحديث والزهد والورع . وقال فيه ابن عمر رضى الله عنهما : لو رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا لسره ، وقال سعيد : مابقى أحد أعلم بكل قضاء قضاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه منى . وكانت حياته من سنة ١٣هـ الى سنة ٩١ أو ٩٢ أو ٩٤هـ .
انظر : طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٣٩ ، سير أعلام النبلاء ٢١٧/٤ ، الأعلام ١٠٢/٣ .

(٢) انظر : المبدع ١٩٤/٦ .

(٣) انظر : الانصاف ٣١٧/٧ .

وهو قول الحنفيّة والحنابلة (١) .

وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدّرداء رضى اللّه عنهم (٢) .

كما أنّه مروي عن شريح والحسن وابن سيرين وعطاء (٣) .

والثّاني : أنّ ذوى الأرحام لايرثون بل المال كلّه أو الباقي بعد الفرض لبيت المال إرثا بالعصوبة .

وهو مذهب الشّافعيّة ، والمشهور عند المالكيّة (٤) .

وهو مذهب زيد بن ثابت رضى اللّه عنه (٥) .

والثّالث : التّفرقة بين ما إذا كان بيت المال منتظما وبين ما إذا لم يكن فإنّ ذوى الأرحام يرثون فى الحال الأخيرة دون الأولى .

وهو المعتمد عند متأخرى المالكيّة والشّافعيّة (٦) .

---

(١) انظر : ف : تبيين الحقائق ٢٤٢/٦ ، الدر المختار ٤٨٥/٥ ، المبسوط ٢/٣٠ ، مجمع الأنهر ٧٤٧/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٥٥/٤ ، شرح منتهى الارادات ٦١١/٢ ، المغنى ٢٢٩/٦ ، المبدع ١٩٢/٦ .

(٢) انظر : المبسوط ٢/٣٠ ، المغنى لابن قدامة ٢٢٩/٦ .

(٣) انظر : المغنى ٢٢٩/٦ .

(٤) انظر : م : مواهب الجليل ٤١٥،٤١٤/٦ ، الشرح الصغير ٦٣٠/٤ ، شرح الزرقانى على خليل ٢١٣/٨ .
ش : أسنى المطالب ٦/٣ ، شرح منهج الطلاب ٢٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٧٠٦/٣ .

(٥) انظر : جامع الترمذى ٢٨٣/٦ ، المبسوط ٢/٣٠ ، المغنى ٢٢٩/٦ .

(٦) انظر : م : شرح الزرقانى على خليل ٢١٣/٨ ، الشرح الصغير ٦٣٠/٤ ، مواهب الجليل ٤١٥/٦ .
ش : أسنى المطالب ٦/٣ ، شرح منهج الطلاب ٢٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٧٠٦/٣ .

الأدلـــــــة

أدلّة القول الأوّل :

استدلّ القائلون بتوريث ذوي الأرحام بالأدلّة الآتية :

الأوّل : قوله تعالى : {وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ}(١) يعني والله أعلم وأولوا الأرحام أحقّ بأن يرث بعضهم بعضا من التّوارث بالهجرة والنّصرة(٢).

قال السّرخسي رحمه الله : (إنّ في هذه الآية إثباتا للاستحقاق بالوصف العام إذا انعدم الاستحقاق بالوصف الخاص (المذكور في آيات المواريث) ولامنافاة بينهما)(٣).

والثّاني : ماأخرجه التّرمذي بسنده الى عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : (ٱلْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَاوَارِثَ لَهُ)(٤).

وماأخرجه التّرمذي وابن ماجه بسندهما إلى أبي أمامة

---

(١) سورة الأنفال : ٧٥

(٢) انظر : تفسير النسفي مع الخازن ٢٠١/٢ ، تفسير الفخر الرازي ٢٢١/٨ ، تبيين الحقائق ٢٤٢/٦ .

(٣) انظر : المبسوط ٣/٣٠ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٢٤٢/٦ ، المغني لابن قدامة ٢٣٠/٦ .
والحديث أخرجه الترمذي وقال : (حسن غريب وقد أرسله بعضهم ولم يذكر فيه عائشة) .
انظر : جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، الفرائض ، ماجاء في ميراث الخال ٢٨٢/٦، ٢٨٣ .
كما أن هذا الحديث جزء من الحديث السابق في مرتبة الرد وهو (أنا وارث من لاوارث له أعقل عنه وأرثه ، والخال وارث من لاوارث له) . انظر تخريجه هناك ص ٤٦٢.
فعلى هذا يرتقي الحديث لدرجة الصحيح لغيره .

ابـن سهل بن حنيف[1] أَنَّ رَجُلاً رَمَى رَجُلاً بِسَهْمٍ فَقَتَلَهُ وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلاّ خَالٌ فَكَتَبَ فِي ذَلِكَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنِ ٱلْجَرّاحِ إِلَى عُمَرَ بْنِ ٱلْخَطَّابِ فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ أَنَّ ٱلنَّبِيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : (ٱللَّهُ وَرَسُولُهُ مَولَى مَنْ لاَمَولَى لَهُ وَٱلْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَوَارِثَ لَهُ)[2] .

ووجه الدلالة منهما :

انهما يدلان على اعطاء الأقارب غير الذين خصهم الله بالسهام في سورة النساء اذا لم يوجد هؤلاء ، وهذا التوريث معلل بأنه من ذوى الأرحام والحديث الثانى يبين المراد من الحديث الأول .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم توريث ذوى الأرحام بالأدلة الآتية :

<u>الأول</u> : ماأخرجه أحمد والأربعة الا النسائى بسندهم الى أبى امامة الباهلى أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب فقال

(١) هو اسعد بن سهل بن حنيف الانصارى ولد فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم وسمى باسم جده لأمه اسعد بن زرارة وكنى بكنيته . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا وعن عمر وعثمان وعمه عثمان وابيه وغيرهم ، وقد كان ثقة كثير الحديث . توفى سنة مائة .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٣١/١ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٢٤٢/٦ ، المغنى لابن قدامة ٢٣٠/٦ .
والحديث أخرجه ابن ماجة والترمذى وقال : حديث حسن وذكره الحافظ فى تلخيصه ولم يتكلم عليه .
انظر : سنن ابن ماجة ، الفرائض ، باب ذوى الأرحام ٩١٤/٢ .
جامع الترمذى ، الفرائض ، ماجاء فى ميراث الخال ٢٨١/٦ .
تلخيص الحبير ٨١/٣ ، نيل الأوطار ١٧٩/٦ .

(إِنَّ ٱللَّـهَ تَبَـارَكَ وَتَعَـالَىٰ قَـدْ أَعْطَـىٰ كُـلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَاوَصِيَّةَ لِـوَارِثٍ)(١).

ووجـه الدّلالة منه : عدم ذكر ذوي الأرحام في القرآن في آيات المواريث الّتي أعطى اللّه فيها كلّ ذي حقّ حقّه(٢).

<u>ويناقش هذا القول</u> :

بـأنّ اللّـه تعـالى أعطـى كلّ ذى حقّ حقّه في كلّ سورة من سورتي النّساء والأنفال غير أنّ الحقوق في سورة النّساء مفصّلة وفي سورة الأنفال مجملة فصّلها الفقهاء باستنباطهم من أدلة الشّرع .

علما بأنّ آية النّساء لم تفصّل جميع المستحقّين كالعصبة والجدّة وقد علم استحقاقهم بالسّنّة(٣).

<u>والثّاني</u> : ماأخرجه أبو داود والدّارقطنيّ بسندهما إلى

---

(١) هـذا الحـديث أخرجه الامام أحمد في مسنده ، وأبو داود والـترمذى وابن ماجة فى سننهم بسندهم الى اسماعيل بن عيـاش عـن شرحبيل بـن مسـلم الخـولانى عـن أبى أمامة البـاهلى وقال الترمذى : (حديث حسن) وقال ابن حجر فى تلخيص الحبير : (هو حسن الاسناد) . ومعروف أن ماروواه اسماعيل بـن عياش عن الشاميين : صحيح ، وماروواه عن الحجـازيين غـير صحيح وهذا رواه عن شامى ثقة فقد روى ابـن حجر فى التهذيب توثيقه عن الامام أحمد وابن حبان وقـال فى التقريب : شرحبيل صدوق فيه لين . ومعنى ذلك أن الحديث حسن .
انظر : نصـب الرايـة ٤٠٣/٤ ، تلخـيص الحـبير ٩٢/٣ ، تهذيب التهذيب ٢٨٦/٤ ، تقريب التهذيب ٣٤٩/١ .
مسند الامام أحمد ، حديث أبى أمامة الباهلى ٢٦٧/٥ .
سـنن أبـى داود بشـرح عون المعبود ، فى الوصايا ، فى الوصية للـوارث ٧٢/٨ .
سنن الترمذى ، فى الفرائض ، ماجاء لاوصية لـوارث ٣٠٩/٦
سنن ابن ماجة ، فى الوصايا ، لاوصية لـوارث ٩٠٥/٢ .
(٢) انظر : أسنى المطالب ٦/٣ ، مغنى المحتاج ٦/٣ .
(٣) انظر : الجوهر النقى بهامش سنن البيهقى ٢١٢/٦، ٢١٣ .

عطاء بن يسار (١) أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم رَكِبَ إِلَى قُبَاءَ يَسْتَخِيرُ اللَّهَ فِي مِيرَاثِ ٱلْعَمَّةِ وَٱلْخَالَةِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ أَنْ لَامِيرَاثَ لَهُمَا (٢) .

والعمّة والخالة من ذوي الأرحام .

ويناقش هذا الدّليل : بأنّه معارض بحديث (ٱلْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَاوَارِثَ لَهُ (٣)) ومعلوم أنّ المثبت مقدّم على النافي ، والمسند مقدّم على المرسل .

وعلّل الشّافعيّة عدم توريث ذوى الأرحام :

بأنّهم لو ورثوا لقدّموا على المعتِق لأنّ القرابة مقدّمة على الولاء (٤) .

ويناقش هذا القول : بأنّ الأمر فى ذلك إلى الشّارع لا إلينا والشّارع جعل العصبة السّببيّة كالعصبة النّسبيّة حيث قال صلى الله عليه وسلّم : (ٱلْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ (٥)) .

أدلّة القول الثّالث :

استدلّ القائلون بالتّفرقة بين ما إذا كان بيت المال

---

(١) هو عطاء بن يسار الهلالى أبو محمد المدنى القاص مولى ميمونة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فقيه قاص روى عن كبار الصحابة . توفى سنة ١٠٣هـ وقيل غير ذلك .
انظر : تهذيب التهذيب ١٩٤/٧ ، الوفيات ص ١٠٤ .

(٢) هذا الحديث اخرجه أبو داود فى مراسيله ، والدارقطنى فى سننه مرسلا ، وأخرجه الحاكم ، والطبرانى فى الصغير موصولا من طرق لاتخلو من ضعف .
انظر : تلخيص الحبير ٨١/٣ .
مراسيل أبى داود ، كتاب الفرائض ص ١٦٩ .
سنن الدارقطنى مع التعليق المغنى ، فى الفرائض ٩٨/٤.
المستدرك مع التلخيص ، فى الفرائض ، ميراث العمة والخالة ٣٤٢/٤، ٣٤٣ .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٦٢، ٤٦٦ .

(٤) انظر : أسنى المطالب ٦/٣ .

(٥) سبق تخريجه ص ٤٥٤ .

منتظما وبين ما إذا لم يكن : بأن المال مصروف إلى ذوي الأرحام أو إلى بيت المال اتفاقا فإذا تعذّر أحدهما تعيّن الآخر وفي حال عدم انتظام بيت المال يتعيّن الصّرف إلى ذوي الأرحام (١) .

وترد على هذا القول المناقشات السّابقة في حال انتظام بيت المال فيبقى القول بالصّرف إلى ذوي الأرحام .

فظهر إذاً أنّ القول بتوريث ذوي الأرحام هو الرّاجح . ولكن رتبتهم متأخّرة عن الرّتب السّابقة للأدلّة الدّالّة على تقديم تلك الرّتب من ذوي الفروض والعصبات وإنّما قدّم الرّدّ على ذوي الفروض على رتبة ذوي الأرحام في قول للفقهاء لأنّ القرابة المفيدة لاستحقاق الفروض أقوى (٢) وإن كان الظّاهر هو تقديمهم على الرّدّ أيضا كما قدّمت في الرّتبة الرّابعة . والله أعلم .

الرّتب الّتي أضافها الحنفيّة :

أضاف الحنفيّة رتبتين على ماسبق عندهم من رتب مستحقّي الميراث :

احداها : مولى الموالاة .

ويكون في الرّتبة السّادسة عندهم بالنّظر لما تقدّم .

وهو : القابل موالاة الميّت حين قال له : انت مولاي ترثني إذا متّ وتعقل عني إذا جنيت (٣) .

---

(١) انظر : أسنى المطالب ٧/٣ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٢٤٧/٦ ، مغني المحتاج ٧/٣ ، أسنى المطالب ٧/٣ ، حاشية البجيرمي ٢٤٩/٣ ، كشاف القناع ٤٢٨/٤ .

(٣) انظر : رد المحتار ٤٨٧/٥ .

فينعقد بينهما عندئذ عقد الموالاة بشروط ذكرها الحنفيّة (١) .

ويسمّى القابل هذا بالمولى الأعلى ، والموجِب بالمولى الأدنى أو الأسفل .

ومن آثار عقد الموالاة : أن يرث المولى الأعلى المولى الأدنى بلاعكس ، فلايرث المولى الأدنى المولى الأعلى إلاّ إذا شرط ذلك من الجانبين وتحقّقت الشّرائط فيهما (٢) .

واستدلّ الحنفيّة على ثبوت الإرث لمولى الموالاة عند عدم من سبق من الوارثين بما ياتى :

الأوّل : قوله تعالى : {وَٱلَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ....} (٣) .

---

(١) وهذه الشروط هى :
(١)،(٢) العقل والبلوغ في العاقدين غير أن البلوغ فى القابل شرط نفاذ لاصحّة ، فلو والى بالغ صبيا فقبل الصّبى ينعقد موقوفا على اجازة أبيه أو وصيه .
(٣) أن لايكون المولى الأدنى عربيّا حتّى لو والى عربى رجلا من غير قبيلته لم يكن مولاه ، ولكن ينسب الى عشيرته لأن جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل .
(٤) أن لايكون المولى الأدنى معتق أحد فان كان لايصح منه عقد الموالاة لأن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لأنه لايلحقه الفسخ ، وولاء الموالاة يلحقه فلايجوز رفع الأقوى بالأضعف .
(٥) أن لايكون المولى الأدنى قد عقل عنه بيت المال ولامولى موالاة آخر لأنه اذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول عنه الى غيره لأنه تعلق به حق الغير .
وزاد في البدائع شرطا والذى يظهر لى أنه شرط فى الميراث لا العقد وهو : أن لايكون للمولى الأدنى وارث نسبى لأن القرابة أولى من مولى الموالاة .
انظر : البدائع ١٧٠/٤،١٧١ ، رد المحتار ٧٩/٥ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٢٢٨/٩-٢٣١ .
(٢) انظر : المراجع السابقة .
(٣) سورة النساء : ٣٣ .
(وعاقدت) هى قراءة ابن كثير ونافع وابو عمرو وابن عامر ، وقرأ عاصم وحمزة والكسائى (عقدت) بغير ألف وبالتخفيف .
انظر : تفسير الفخر الرازى ٨٧/١٠ .

والمراد من {عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ} والله أعلم عقد الموالاة والمراد من {نصيبهم} : الميراث .

لأنّه سبحانه أضاف النّصيب إليهم فدلّ على قيام حقّ لهم مقدّر في التّركة وهو الميراث لأنّ هذا معطوف على قوله تعالى {وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَالِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ} (١) وهو يثبت ورثة للمال الّذي تركه الوالدان والأقربون ، ولكن توريث مولى الموالاة عند عدم ذوي الأرحام لقوله تعالى : {وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ} (٢) .

والثّاني : ماأخرجه أبو داود والتّرمذي وابن ماجة بسندهم إلى تميم الداري (٣) أنّه قال : يارسول الله (مَا ٱلسُّنَّةُ فِي ٱلرَّجُلِ يُسْلِمُ عَلَى يَدَيِ ٱلرَّجُلِ مِنَ ٱلْمُسْلِمِينَ ؟ قَالَ : هُوَ أَوْلَى ٱلنَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ) (٤) .

---

(١) سورة النساء : ٣٣

(٢) سورة الأنفال : ٧٥
وانظر : البدائع ١٧٠/٤ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٢٢٨/٩ ، المبسوط ٤٣/٣٠ .

(٣) هو تميم بن أوس بن حارثة بن خارجة بن سود بن دراع ابن الدار أبو رقية الداري مشهور في الصحابة كان نصرانيا وقدم المدينة فأسلم سنة تسع وذكر للنبي صلى الله عليه وسلم قصة الجساسة والدجال . انتقل الى الشام بعد قتل عثمان ونزل بيت المقدس ، ومات بالشام ولاعقب له وقيل انه وجد على قبره أنه مات سنة ٤٠هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٤٤٩/١ ، الاصابة ١٩١/١ .

(٤) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه ، والترمذي وقال : (هو عندي ليس بمتصل) ، وابن ماجه ، والدارقطني ، وابن أبي شيبة .
وأخرجه البخاري معلقا بلفظ (ويذكر عن تميم الداري رفعه) ثم ذكر الحديث وقال : (اختلفوا في صحته) .
وجاء في نصب الراية نقلا عن ابن القطان في كتابه : (أن علة هذا الحديث الجهل بحال راو فيه وهو عبد الله ابن موهب فانه لايعرف حاله وكان قاضي فلسطين ولم يعرفه يحيى بن معين ، وقد اختلفوا فيه على عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز – أحد رواته – وعبد العزيز هذا ليس به بأس) بل وثقه صاحب نصب الراية وذكر أنه من رجال الصحيحين . وقال ابن القيم : (حديث تميم وان لم يكن في رتبة الصحيح فلاينحط عن أدنى درجات الحسن) .
=

ووجه الدّلالة منه : أنّ هذا الحديث مع الآية السّابقة يثبت الإرث لمولى الموالاة ، ولايثبت الإرث بنفس الإسلام بل السّبب في ثبوته هو عقد الموالاة الّذى نصّت عليه الآية ، ولأنّ النّاس كانوا يسلمون على عهد رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم والصّحابة والتّابعين وكان لايقول أحد لمن أسلم على يد أحد أنّه مولاه وليس له أن يوالى غيره (١) .

على أنّ الحنفيّة يستدلّون بهذا الحديث بلفظ : (يُسْلِمُ عَلَى يَدِ ٱلرَّجُلِ وَيُوالِيهِ) (٢) .

<u>الإجابة على قول الحنفيّة</u> :

أجاب جمهور الفقهاء على ماقاله الحنفيّة من توريث مولى الموالاة بأنّ القول بتوريثه منسوخ إلاّ أنّهم اختلفوا فى النّاسخ على أقوال :

<u>أحدها</u> : أنّه منسوخ بقوله تعالى : {وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ} (٣) .

فقد أخرج أبو داود بسنده إلى ابن عباس رضي اللّه

= انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، الفرائض ، باب اذا أسلم على يديه ٤٥/١٢ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ومعها شرح ابن القيم الفرائض ، الرجل يسلم على يدى الرجل ١٣٠/٨-١٣٢ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، الفرائض ، الرجل يسلم على يد الرجل ٢٩٥/٦ .
سنن ابن ماجة ، الفرائض ، الرجل يسلم ٩١٩/٢ .
سنن الدارقطنى ، الرضاع ١٨١/٤ .
مصنف ابن أبى شيبة ، الفرائض ، فى الرجل يسلم على يدى رجل ثم يموت ٤٠٨/١١ .
نصب الراية ١٥٧/٤ .

(١) انظر : البدائع ١٧٠/٤ ، حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ١٧٩/٥ .
(٢) انظر : المراجع السابقة ، المبسوط ٤٤/٣٠ .
(٣) سورة الأنفال : ٧٥
وانظر : فتح البارى ٢٤٩/٨ ، المغنى لابن قدامة ٣٨١/٦.

عنهما قال : {وَالَّذِينَ عَاقَدَتْ (عَقَدَتْ) أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ} كَانَ الرَّجُلُ يُحَالِفُ الرَّجُلَ لَيْسَ بَيْنَهُمَا نَسَبٌ فَيَرِثُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ فَنَسَخَ ذَلِكَ الأَنْفَالَ فَقَالَ : {وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ} (١) .

ولكن يرد على هذا : أنّ غاية ماتدلّ عليه هذه الآية نسخ التّقديم لارفع الميراث من أصله .

لأنّ معناها - واللّه أعلم - : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ماداموا موجودين ، وأمّا إذا لم يكونوا موجودين فلاتعارض وشرط النّسخ هو التعارض (٢) .

والثّاني : انّه منسوخ بقوله تعالى : {وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ} .

فقد أخرج البخارى بسنده إلى ابن عباس رضى اللّه عنهما {وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ} قَالَ : وَرَثَةً {وَالَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ} كَانَ الْمُهَاجِرُونَ لَمَّا قَدِمُوا الْمَدِينَةَ يَرِثُ الْمُهَاجِرُ الأَنْصَارِيَّ دُونَ ذَوِي رَحِمِهِ لِلأُخُوَّةِ الَّتِي آخَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمْ فَلَمَّا نَزَلَتْ {وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ} نسخت ، ثم قال : {والذين عاقدت أيمانكم} من النصر والرفادة والنصيحة وقد ذهب الميراث ويوصى له (٣) .

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه . وجاء فى عون المعبود نقلا عن المنذرى : أن فى اسناده على بن الحسين بن واقد وفيه مقال .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، الفرائض ، نسخ ميراث العقد بميراث الرحم ١٣٥/٨، ١٣٦ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٧٩/٥ .

(٣) انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الكفالة باب قول الله عز وجل : {والذين عاقدت ...} ٤٧٢/٤ ، وأيضا فى كتاب التفسير ، باب ولكل جعلنا موالى ٢٤٧/٨

قال ابن حجر[1] رحمه الله : (يحتمل ان يكون النّسخ وقع مرّتين : الأولى : حيث كان المعاقد يرث وحده دون العصبة فنزلت {ولكل ...} فصاروا جميعا يرثون وعلى هذا يتنزّل حديث ابن عباس ، ثم نسخ ذلك آية الأحزاب وخصّ الميراث بالعصبة وبقي للمعاقد النّصر والإرفاد ونحوهما ...)[2] .

وآية الأحزاب هى قوله تعالى : {وَأُولُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَاجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓا۟ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا}[3] .

ولكن يرد على هذا :

انّه مسلّم فى حال وجود أولي الأرحام مع الموالى لأنّ شرط النّسخ التّعارض كما أسلفت .

والثّالث : انّه منسوخ بما اخرجه مسلم بسنده إلى جُبَيْر آبْنِ مُطْعِمٍ[4] قَالَ : قَالَ رَسُولُ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (لَاحِلْفَ

---

(١) هو أحمد بن علي بن محمد العسقلاني أصله من عسقلان بفلسطين ، ولد في القاهرة سنة ٧٧٣هـ ، وكان في أول أمره مولعا بالأدب ثم أقبل على الحديث النبوى ، كان فصيح اللسان راوية للشعر عارفا بأيام المتقدمين وأخبار المتاخرين اضافة الى كونه حافظا فى الحديث ، وله مؤلفات كثيرة منها : فتح البارى ، والاصابة . توفى سنة ٨٥٢هـ فى القاهرة ودفن فيها .
انظر : الضوء اللامع ٣٦/٢ ، الأعلام ١٧٨/١ .

(٢) انظر : فتح البارى ٢٤٩/٨ .

(٣) سورة الأحزاب : ٦

(٤) جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف القرشى النوفلى قدم على النبى صلى الله عليه وسلم فى فداء أسارى بدر ثم أسلم بعد ذلك عام خيبر وقيل يوم الفتح روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال الزبير كان يؤخذ عنه النسب ، وروى أنه كان أحد من يتحاكم اليه وقد تحاكم اليه عثمان وطلحة فى قضية . توفى سنة ٥٦ او ٥٨ أو ٥٩هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٥٦/٢ .

فِي ٱلإِسْلَامِ وَأَيُّمَا حِلْفٍ كَانَ فِي ٱلْجَاهِلِيَّةِ لَمْ يَزِدْهُ ٱلإِسْلَامُ إِلَّا شِدَّةً) (١).

فالمراد من قوله صلى الله عليه وسلم : (لَاحِلْفَ فِي ٱلإِسْلَامِ) حلف التّوارث (٢).

ولكن يرد على هذا :

أنّ المراد به الحلف الّذى كانوا يتعاقدون عليه فى الجاهلية من قولهم هدمى هدمك ودمى دمك ترثنى وارثك فكان ذلك للتّناصر على الحقّ والباطل ولتقديمه بالإرث على القريب فحظر الإسلام التّناصر على الباطل وأوجب التّعاون على البرّ والتّقوى وقدّم القريب بالإرث (٣).

والرّابع : أنّه منسوخ بما أخرجه البخاري ومسلم بسندهما إلى عائشة رضى اللّه عنها أنّ النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (إِنَّمَا ٱلْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) (٤).

ولكن يرد على هذا : أنّ معناه أنّ الولاء لمن ملك وعتق لالغيره ممن لم يملك ولم يعتق ويظهر ذلك من دلالة القران فى الحديث فقد اخرج البخاري ومسلم بسندهما إلى عائشة رضي اللّه عنها قالت : جَاءَتْنِي بَرِيرَةُ فَقَالَتْ :كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةٌ فَأَعِينِينِي ، فَقُلْتُ : إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ

---

(١) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى ، فضائل الصحابة ، مؤاخاة النبى صلى الله عليه وسلم بين أصحابه ٨٢/١٦ . سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، الفرائض ، باب فى الحلف ١٤١/٨ .

(٢) انظر : شرح النووى على صحيح مسلم ٨٢/١٦ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ١٧٩/٥، ١٨٠ .

(٤) انظر : المهذب ٢٢/٢ .

فتح البارى ٤٦/١٢ ، شرح النووى على صحيح مسلم ١٣١/٨ عون المعبود ١٣١/٨ ، تحفة الأحوذى ٢٩٥/٦ .

والحديث سبق تخريجه ص ٤٥٣ .

أَعُدَّهَا لَهُمْ ، وَيَكُونُ وَلَاؤُكِ لِي فَعَلْتُ فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا فَقَالَتْ لَهُمْ ، فَأَبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهَا ، فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِهِمْ وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَالِسٌ فَقَالَتْ : إِنِّي قَدْ عَرَضْتُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ ، فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ . فَسَمِعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرَتْ عَائِشَةُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ . فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي النَّاسِ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ : (أَمَّا بَعْدُ مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) .

وفي لفظ لمسلم : (... مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُولُ أَحَدُهُمْ أَعْتِقْ فُلَاناً وَالْوَلَاءُ لِي إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) (١) .

فإنّ سبق هذه الجملة يدلّ على أنّ المراد من الولاء لمن أعتق لالمن شرط ولم يملك .

والّذى يظهر لى هو : ترجيح قول الحنفيّة لأنّه لادليل على النّسخ ، والنّسخ لايثبت بالاحتمال .

وهذا القول رواه الحنفيّة عن كثير من الصّحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضوان اللّه عليهم أجمعين (٢) .

---

(١) انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب البيوع باب اذا اشترط شروطا فى البيع لاتحل ٣٧٦/٤ .
صحيح مسلم ، كتاب العتق ، باب انما الولاء لمن أعتق ٢١٣/٤ .

(٢) انظر : المبسوط ٤٣/٣٠ ، عون المعبود ١٢٥/٨ .

الرّتبة الثّانية - الّتي أضافها الحنفيّة - :
المُقَرّ لَهُ بنسب على غيره لم يثبت .

فإنّه يعطى كلّ المال عند الحنفيّة إذا عدمت الرّتب السّابقة ،إلاّ إذا كان الوارث احد الزّوجين فإنّ المقَرّ له بنسب على غيره لم يثبت : يأخذ مافضل بعد فرضه .

ويتضمّن هذا الإقرار ثلاث صفات تظهر من خلالها صورته :

الأولى : ان يقر الإنسان بنسب على غيره كما لو اقرّ أنّ فلانا اخوه أو ابن ابنه فإنّ إقراره هذا تضمّن حمل النّسب على الأب أو الابن .

والثّانية : ان لايثبت هذا الإقرار ، فلو ثبت بأن صدّقه المقرّ عليه او اقرّ بمثل إقراره ، او شهد رجل آخر ثبت نسب المقرّ له وزاحم الورثة في الميراث .

والثّالثة : أن يموت المقرّ على إقراره لأنّه إذا رجع لم يعتدّ به فلايرث المقرّ له عندئذ .

فإذا اجتمعت هذه الصّفات في المقرّ له صار وارثا عند الحنفيّة في هذه الرّتبة .

وعلّلوا ذلك :

بانّ المقِرّ كان مقِرّاً بشيئين :

النّسب ، واستحقاق المال بالإرث .

لكن إقراره بالنّسب باطل لأنّه يحمل نسبه على غيره والإقرار على الغير دعوى فلاتسمع ، ويبقى إقراره بالمال صحيحا لأنّه لايعدوه إلى غيره إذا لم يكن له وارث معروف ، ويكون هذا الإقرار وصيّة معنى ولذا صحّ رجوع المقِرّ عنه

ولاينتقل إلى فرع المقَرِّ له ولا أصله (١) .

ويمكن أن يجاب على ماقاله الحنفيّة :

بأنّ استحقاق المقَرّ له بالمال فرع ثبوت نسبه ، فإذا انتفى النّسب انتفى الاستحقاق .

فالظّاهر عدم توريث المقَرّ له بنسب على غيره لم يثبت . والله أعلم .

الرّتبة الأخيرة : بيت المال .

أنّ بيت مال المسلمين : يستحقّ مال من لاوارث له إلّا أنّ الفقهاء اختلفوا في جهة الاستحقاق هذه هل تستحقّ المال من جهة المصلحة العامّة والمال كالفيء ، أو تستحقه باعتبارها وارثا والمال موروث .

كما انّهم اختلفوا في رتبة بيت المال بين الرّتب السّابقة : وإليك بيان ذلك :

(أ) أمّا خلافهم في جهة الاستحقاق هذه : فهو على قولين :

الأوّل : انّ بيت المال يستحقّ المال على أنّه فيء .

وهو قول الحنفيّة والحنابلة (٢) .

والثّاني : انّ بيت المال يستحقّ المال على أنّه إرث .

وهو قول المالكيّة والشّافعيّة (٣) .

---

(١) انظر : رد المحتار على الدر المختار ٤٨٥/٥ ، مجمع الأنهر ٧٤٧/٢ .

(٢) انظر : ف : الدر المختار مع رد المحتار ٤٨٨/٥ ، مجمع الأنهر مع الدر المنتقى ٧٤٨/٢ .
ل : كشاف القناع ٤٣٧/٤ ، شرح منتهى الارادات ٦١٤/٢ .

(٣) انظر : م : الشرح الصغير ٦٣٠/٤ ، مواهب الجليل ٤١٤/٦،٤١٥ ، شرح الزرقاني على خليل ٢١٣/٨ .
ش : أسنى المطالب ٦/٣ ، شرح منهج الطلاب ٢٤٧/٣ ، مغني المحتاج ٦/٣ .

الأدلّـــــة

أدلّة القول الأوّل :

استدلّ الحنفيّة على أنّ بيت المال يستحقّ مال من لاوارث له على أنّه فيء :

بأنّه إذا لم يوجد للميّت وارث اعتبر ماله مالاً ضائعاً والمال الضّائع من جملة الفيء الّذى يستحقّه جميع المسلمين فيوضع فى بيت المال وليس ذلك بطريق الإرث .(١)

وقال الحنابلة : إنّ وارث هذا الميّت شخص مجهول لأنّ كلّ ميّت لايخلو من بنى عم أعلى فالنّاس كلّهم بنو آدم ومن كان أسبق إلى الاجتماع مع الميّت فى أب من آبائه فهو عصبة لكنّه مجهول .

ولذلك لو كان للميّت مولى معتِق لورثه فى هذه الحال ولم يلتفت إلى ذلك الوارث المجهول لأنّه لمّا كان مجهولا : لم يثبت له حكم وجاز صرف ماله فى المصالح .

ولمّا كان الوارث مشتبها بغيره : لم يجب الحكم بالإرث لجميع المسلمين .(٢)

أدلّة القول الثّانى :

من الكلام السّابق للمالكيّة والشّافعيّة فى رتبتى الرّدّ

---

(١) انظر : مجمع الأنهر ٧٤٨/٢ .
(٢) انظر : شرح منتهى الارادات ٦١٤/٢ ، كشاف القناع ٤٣٧/٤

على ذوى الفروض وتوريث ذوي الأرحام ظهر أنّهم يقولون بتوريث بيت المال ويعتبرونه مستحقّا للإرث بالعصوبة . ويستدلّون على ذلك :

- بحديث (أَنَا وَارِثُ مَنْ لَاوَارِثَ لَهُ)(١) .

والنّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم لايرث شيئا لنفسه بل يصرفه للمسلمين فيكون الميراث لهم بوضعه فى بيت المال .

- ولأنّ المسلمين يعقلون عن الميّت كالعصبة من القرابة(٢) .

لكن قال الشّافعيّة : يجوز للإمام تخصيص طائفة من المسلمين بهذا المال كما يجوز صرفه لمن ولد أو أسلم أوعتق بعد موته أو لمن أوصى له ولايعطى منه مكاتب ولاقاتل ولامن فيه رق ولاكافر لأنهم ليسوا وارثين(٣) .

وأجاب الحنفيّة على ماقاله المالكيّة والشّافعيّة :

بأنّه لو كان المال إرثا لم تصحّ وصية الميّت بالثّلث للفقراء إذا لم يكن له وارث خاصّ لأنّها وصيّة لوارث فتتوقف على إجازة بقيّة الورثة ، ومن أنّه يعطى من ذلك المال من ولد بعد موت صاحبه وللولد مع والده ولو كان إرثا لما صحّ ذلك(٤) .

فتبيّن من ذلك أنّ بيت المال لايعطى ميراثا والحديث الّذى استدلّ به الشّافعيّة لايرقى إلى درجة الحجيّة كما سبق فى تخريجه(٥) .

---

(١) سبق تخريجه ص ٤٦٢ .
(٢) انظر : أسنى المطالب ٤/٣ ، شرح منهج الطلاب ٢٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٤/٣ .
(٣) انظر : نفس المراجع السابقة .
(٤) انظر : رد المحتار ٤٨٨/٥ .
(٥) انظر ماسبق فى تخريجه ص ٤٦٢ .

(ب) وأمّا خلاف الفقهاء في رتبة بيت المال بين الرّتب السّابقة : فهو على النّحو التّالي :

أمّا الحنابلة : فقد جعلوه يلي ذوي الأرحام فيجعل فيه مال من لاوارث له بفرض أو تعصيب أو رحم .

وأمّا الحنفيّة : فقد أخّروه إلى مابعد ذلك برتبتين فقد جعلوا ميراث من لاوارث له بفرض أو تعصيب أو رحم :

- لمولى الموالاة ، فإن عدم :
- فللمقرّ له بنسب على غيره لم يثبت ، فإن عدم فلبيت المال .(١)

وأمّا المالكيّة والشّافعيّة : فإنّهم يجعلون بيت المال في الرّتبة الرّابعة فهم لايقولون بالرّدّ على ذوي الفروض ، ولابتوريث ذوي الأرحام . إلّا أنّه يفهم من كلام متأخريهم - القائلين بالرّدّ على ذوى الفروض وبتوريث ذوى الأرحام فى حال عدم انتظام بيت المال - أنّهم يجعلونه فى الرّتبة السّادسة بعد تينك الرّتبتين .(٢)

---

(١) انظر : الدر المختار ٤٨٨/٥ ، مجمع الأنهر ٧٤٨/٢ .
(٢) انظر ماسبق من أقوالهم فى رتبتى الرد على ذوى الفروض وتوريث ذوى الأرحام .

الفصل الثامن

اجتماع نفقات الوقف ودينه مع حقوق المستحقين

وفيه

تمهيد ومبحثان

التمهيد: في تعريف الوقف، والمال الذي يصح وقفه

والمبحث الأول: اجتماع حاجة الموقوف إلى الإنفاق مع حقوق المستحقين

والمبحث الثاني: اجتماع ديون الوقف مع حقوق المستحقين.

الفصل الثّامن

اجتماع نفقات الوقف ودينه مع حقوق المستحقّين

الوقف من التّبرّعات الّتي يتقرّب بها إلى اللّه تبارك وتعالى والّتي اختصّ بها أهل الإسلام .

قال الإمام الشّافعيّ رحمه اللّه : (لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دارا ولا أرضا تبررا بحبسها وانما حبس أهل الاسلام)(١) .

وقد جاء في الصّحيحين عن ابن عمر رضي اللّه عنهما قال: أَصَابَ عُمَرُ أَرْضاً فَأَتَى ٱلنَّبِيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : أَصَبْتُ أَرْضاً لَمْ أُصِبْ مَالاً قَطّ أَنْفَسَ مِنْهُ فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي بِهِ . قَالَ : إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، فَتَصَدَّقَ عُمَرُ أَنَّهُ لَايُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَايُوهَبُ وَلَايُورَثُ فِي ٱلْفُقَرَاءِ وَٱلْقُرْبَى وَٱلرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَٱلضَّيْفِ وَابْنِ ٱلسَّبِيلِ لَاجُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِٱلْمَعْرُوفِ أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقاً غَيرِ متمول فيه)(٢) .

---

(١) الأم ٢٧٥/٣ .

(٢) واللفظ للبخاري .
انظر : صحيح البخاري ، كتاب الوصايا ، باب الوقف كيف يكتب ١٩٦/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب الوصية ، باب الوقف ٧٤/٥ .
وهذه معاني الفاظ الحديث :
(حبست أصلها وتصدقت بها) : أي بمنفعتها .
(أن يأكل منها بالمعروف) : أي القدر الذي جرت به العادة .
(غير متمول) : أي غير متخذ منها مالا أي ملكا . قال الحافظ ابن حجر : (المراد أنه لايتملك شيئا من رقابها) .
انظر : نيل الأوطار ١٢٩/٦ ، فتح الباري ٤٠١/٥ .

فيظهر من الحديث أنّ الوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة على الموقوف عليهم أي المستحقّين .

وقد يزاحمهم في هذه المنفعة أو في ريع الوقف حاجة الوقف إلى الإنفاق ، أو وجود ديون على الوقف .

ولمعرفة المقدّم من ذلك أعقد تمهيدا ومبحثين :

تمهيد

تعريف الوقف ، والمال الّذى يصحّ وقفه

تعريف الوقف :

عرّف الفقهاء الوقف بتعريفات أختار منها تعريف الشّافعيّة له بأنّه :(حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التّصرّف فى رقبته على مصرف مباح) (١).

ويقرب منه تعريف الحنابلة له (٢).

المال الّذى يصحّ وقفه :

اختلفت المذاهب الفقهيّة فى تعيين المال الّذى يصحّ وقفه :

أمّا الحنفيّة :

فقد قصره الإمام أبو حنيفة رحمه اللّه على العقار .

لأنّه يشترط فى الوقف التّأبيد وغير العقار لايتأبّد .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه : يجوز وقف المنقول تبعا للعقار كوقف ضيعة بحيوانها ومصنع بآلاته .

لأنّه قد ثبت من الحكم تبعا مالايثبت مقصودا كبيع الشّرب والطّريق لايجوز مقصودا ويجوز تبعا .

أمّا وقف المنقول مستقلاّ عند أبى يوسف ومحمد :

فإن كان كراعا أو سلاحا : جاز عندهما استحسانا (٣) .

---

(١) انظر : أسنى المطالب ٤٥٧/٢ ، شرح منهج الطلاب ٢٠١/٣ ، مغنى المحتاج ٣٧٦/٢ .

(٢) انظر : شرح منتهى الارادات ٤٨٩/٢ ، كشاف القناع ٢٤٠/٤

(٣) الكراع : الخيل ويدخل فى حكمه الابل لأن العرب كانوا يجاهدون عليها .
انظر : الهداية بشرح فتح القدير ٢١٧/٦ .

والقياس ان لايجوز لأنّه يشترط فى الوقف التّأبيد .

ووجه الاستحسان : الآثار المشهورة فى ذلك منها :

ما أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى أبى هريرة رضي اللّه عنه انّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (... أَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِداً قَدِ ٱحْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ...) (١) .

والأعتاد : ما أعده الرّجل من السّلاح والدّوابّ وآلة الحرب (٢) .

وإن كان المنقول غير الكراع والسّلاح : فإنّه يجوز وقفه عند محمّد بن الحسن رحمه اللّه بشرط أن يكون متعارفا بين النّاس كوقف المصاحف والاشياء الّتى يحتاج إليها عند تجهيز الموتى . وهو قول عامّة المشايخ من الحنفيّة .

لأنّ القياس قد يترك بما تعارف عليه النّاس وتعاملوا به كما فى الاستصناع (٣) .

وامّا الشّافعيّة والحنابلة : فعندهم :

يجوز وقف كل مايجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء

---

(١) واللفظ لمسلم .
انظر : صحيح البخارى ، كتاب الزكاة ، باب قول الله تعالى : {وفى الرقاب والغارمين} ١٢٨/٢ .
صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب فى تقديم الزكاة ومنعها ٦٨/٣ .

(٢) انظر : النهاية فى غريب الحديث ١٧٦/٣ ، وروى ان الصواب (اعتده) ، معالم السنن للخطابى ٢٧٣/٢ .

(٣) انظر : الهداية وفتح القدير ٢١٦/٦-٢١٨ ، البدائع ٢٢٠/٦ .
ومعنى الاستصناع : طلب عمل الصنعة والعين جميعا .
وفيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والاجارة اذ انه عقد على مبيع فى الذمة كالسلم اضافة على انه يتضمن استئجار الصناع للعمل .
انظر : الدر المنتقى بحاشية مجمع الأنهر ١٠٦/١ ، البدائع ٣/٥ .

عينه . كالعقار والحيوان والسّلاح والأثاث ... ونحوه .

وحجّتهم في ذلك :

ماتقدّم من الأحاديث في وقف عمر رضي اللّه عنه أرضه ، ووقف خالد رضي اللّه عنه أدراعه وأعتده في سبيل اللّه .

فكلّ الأشياء الّتي أجاز رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم وقفها هي ممّا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه (١) .

وأمّا المالكيّة : فعندهم :

يجوز وقف الأعيان والمنافع لأنّهم لايشترطون التّأبيد بل يجوز عندهم الوقف مؤقّتا ومؤبّدا (٢) .

ويمكن أن يستدلّ على ذلك بأنّه عمل أهل المدينة فقد قال الإمام مالك رحمه اللّه في الموطّأ : (ماأدركت النّاس إلاّ وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا) (٣) .

وأمّا الظّاهريّة :

فقد قال ابن حزم : (الوقف جائز في الأصول من الدّور والأرضين بما فيها من الغراس والبناء إن كانت فيها ، وفي الأرحاء (٤) وفي المصاحف والدّفاتر ويجوز أيضا في العبيد والسّلاح في سبيل اللّه عزّ وجلّ في الجهاد فقط لافي غير ذلك ، ولايجوز في شيء غير ماذكرنا أصلا ولافي بناء دون القاعة (٥)) .

لأنّ هذه الأشياء هي الّتي وقفت في عهد النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم وأصحابه (٦) .

---

(١) انظر : ش : مغني المحتاج ٣٧٧/٢ .
ل : المغني ٦٤٣/٥ .
(٢) انظر : مواهب الجليل ٢٠/٦ ، الشرح الكبير ٨٧،٧٦/٤ ، الشرح الصغير ١٠٦/٤ .
(٣) الموطأ بشرح المنتقى ١٣٣/٦ .
(٤) الأرحاء : جمع رحى وهي الطاحون .
انظر : المصباح المنير ، الراء والحاء ومايثلثهما مادة (رحى) .
(٥) المحلى ١٧٥/٩ .
(٦) انظر نفس المرجع السابق ١٨١،١٨٠/٩ .

المبحث الأوّل

اجتماع حاجة الموقوف إلى الإنفاق مع حقوق المستحقّين

ظهر لنا ممّا سبق أنّ الموقوف قد يحتاج إلى الإنفاق عليه كالحيوان ، وكالعقار إذا احتاج إلى العمارة .

وعندئذ تتزاحم هذه الحاجة مع حقوق المستحقّين فما المقدّم منهما وسأبيّن ذلك فى المطلبين الآتيين :

المطلب الأوّل : ما إذا كان الموقوف حيوانا

الأصل أن تكون نفقة الحيوان الموقوف فى منافعه لا في عينه فهي مُقدّمة على حقوق المستحقّين .

لأنّ الوقف اقتضى تحبيس اصله وتسبيل نفعه ولايدوم اصله إلاّ بالإنفاق عليه فكان ذلك من ضرورته (١) .

ويستثنى من ذلك بعض الحالات عند بعض الفقهاء :

الأولى : ما إذا كان الموقوف حيواناً والموقوف عليه غير معيّن كوقف الحيوان على الغزو والرّباط وخدمة المسجد والمساكين : فإنّ نفقته فى بيت المال .

وذلك عند المالكيّة والحنابلة (٢) .

---

(١) انظر : م : الشرح الصغير ١٢٤/٤ ، الشرح الكبير ٩٠/٤
ش : أسنى المطالب ٤٧٣/٢ ، مغنى المحتاج ٣٩٥/٢ ، حاشية البجيرمى على المنهج ٢١١/٣ .
ل : كشاف القناع ٢٦٦/٤ ، شرح منتهى الارادات ٥٠٦/٢ ، المغنى ٦٤٨/٥ ، الانصاف ٧٠/٧ .

(٢) انظر نفس المراجع السابقة للمالكية والحنابلة .

الحال الثّانية : ما إذا تعطّلت منافع الحيوان الموقوف فإنّ نفقته تكون في بيت المال .

وذلك عند الشّافعيّة (١) .

هذا فإن لم يمكن الإنفاق على الحيوان من منفعته أو من بيت المال : بيع وصرف ثمنه في عين أخرى تكون وقفاً مكانه للضّرورة (٢) .

(١) انظر : مغني المحتاج ٣٩٥/٢ ، أسنى المطالب ٤٧٣/٢ .
(٢) انظر : الشرح الصغير ١٢٥/٤ ، الشرح الكبير ٩٠/٤ ، كشاف القناع ٢٦٦/٤ ، المغني ٦٤٨/٥ ، الانصاف ٧١/٧ .

المطلب الثّاني : ما إذا كان الموقوف عقارا

إذا احتاج العقار الموقوف إلى العمارة : فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال :

الأوّل : أنّ عمارته مقدّمة على حقوق المستحقّين .

وهو مذهب الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة .

وذلك :

لأنّ قصد الواقف صرف الغلة مؤبّدا ولاتبقى دائما إلّا بالعمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء فوجب تقديمها .(١)

ولحديث : (ٱلْخَرَاجُ بِٱلضَّمَانِ) .(٢)

فلمّا كانت غلّة الوقف مستحقّة للموقوف عليهم : كانت عمارته في حقوقهم في هذا الوقف .

ثمّ إن كان الوقف على الفقراء الّذين لايظفر بهم لعدم تعينهم وعسرتهم فإنّ أقرب أموالهم هذه الغلّة فتجب العمارة فيها .(٣)

والقول الثّاني : انّه لاتجب عمارة الوقف على احد إلّا أن يشترط الواقف ذلك او يخشى تعطيل الوقف .

وهو مذهب الحنابلة .(٤)

---

(١) انظر : ف : فتح القدير والعناية على الهداية ٢٢٢/٦ ، البحر الرائق ٢٢٥/٥ ، رد المحتار والدر المختار ٣٧٦/٣ .
م : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٩٠/٤ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ١٢٤/٤ .
ش : مغني المحتاج ٣٩٣/٢ ، اسنى المطالب ٤٧٥/٢ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٥٠ .

(٣) انظر : العناية وفتح القدير على الهداية ٢٢٢/٦ ، البحر الرائق ٢٢٥/٥ .

(٤) انظر : كشاف القناع ٢٦٦/٤،٢٦٧ ، شرح منتهى الارادات ٥٠٦/٢ .

ويفهم منه رعاية حقوق المستحقّين لأنّ الغرض من الوقف هو سدّ حاجة المستحقّين .

كما يفهم منه الحيطة الشّديدة للحفاظ على الوقف من ناظره حتّى لايكون في تقديم العمارة مسوغا له في حرمان المستحقّين من غلّة الوقف .

والقول الثّالث : انّه يجمع بين العمارة وحقوق المستحقّين حسب الإمكان .

وهو قول شيخ الإسلام ابن تيميّة ، والمرداوى رحمهما اللّه .(١)

وراعى هذا القول الجمع بين المصلحتين بأن يصرف مالابد من صرفه لضرورة أهله ، وأن يعمّر بالباقي لأنّ العمارة واجبة وسدّ الفاقات واجب فإذا أقيمت الواجبات كان أولى من ترك بعضها .(٢)

وأرى أنّ القول الأخير هو الرّاجح إلاّ إذا خيف تعطيل الوقف . واللّه أعلم .

---

(١) انظر نفس المراجع السابقة ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٠/٣١ ، الاختيارات الفقهية مطبوعة مع الفتاوى الكبرى ٥٠٩/٤ ، الانصاف ٧٢/٧ ، وابن تيمية سبق التعريف به .
والمرداوى هو : أبو الحسن على بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوى السعدى ثم الصالحى شيخ المذهب الحنبلى فى عصره ومصححه ومنقحه علاء الدين فقيه محدث أصولى ولد بمردا بفلسطين سنة ٨١٧هـ . من مؤلفاته : الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ، التنقيح المشبع فى تحرير أحكام المقنع وهو مختصر الانصاف ، تصحيح الفروع ، التحبير فى شرح التحرير . توفى سنة ٨٨٥هـ .
انظر : كشف الظنون ٣٥٧/١ ، الأعلام ٢٩٢/٤ ، معجم المؤلفين ١٠٢/٧ ، ترجمته فى مقدمة كتاب الفروع كتبها محمد بن عبد العزيز المانع ١٢/١ .

(٢) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٠/٣١ .

المبحث الثّاني

اجتماع ديون الوقف مع حقوق المستحقّين

يجوز للنّاظر الاستدانة على الوقف لمصلحة[1] . فعندئذ يتزاحم هذا الدّين مع حقوق المستحقّين .

ولم أجد نصّاً للفقهاء على حكم هذا التّزاحم سوى ماجاء في ردّ المحتار وهو انّه يقدّم الدّين على حقوق المستحقّين حتّى تتخلّص رقبة الوقف .

(١) انظر : كشاف القناع ٢٦٧/٤ ، الانصاف ٧٢/٧ .
(٢) انظر : رد المحتار ٣٧٦/٣ .

الفصل التاسع

في المباحات

وفيه مباحث

الأول: التزاحم على الأرض الموات

والثاني: التزاحم على الأعيان المباحة غير الموات

والثالث: التزاحم على المنافع العامة

الفصل التّاسع

الحقّ في المباحات

إنّ اللّه تبارك وتعالى خلق الإنسان وخلق له مافى الأرض جميعا واستخلفه فى هذه الأرض لعمارتها واستثمار خيراتها ، وأعطاه القدرة على تسخير مافيها كما قال سبحانه : {أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ ٱللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُۥ ظَٰهِرَةً وَبَاطِنَةً}(١) .

فهذه الأرض الّتى خلقها اللّه لنا وسخرنا لعمارتها جرت أحكام الملك والوقف على أجزاء منها ، وبقيت الأخرى مباحة تحتاج إلى من يعمرها .

فالنّاس جميعا يتزاحمون عليها .

كما يتزاحمون على ماهو موجود فيها من المباحات كالماء والمعادن والكلأ .

ويجرى التّزاحم أيضا على مايسّره اللّه لنا من المنافع العامّة كمنافع المسجد والطريق والمتنزّه .

فهذا التّزاحم وذاك يحتاج إلى بيان من يقدّم فيه وهو ماسأبيّنه بإذن اللّه فى المباحث الآتية :

---

(١) سورة لقمان : ٢٠

المبحث الأوّل

التّزاحم على الأرض الموات

الأرض الموات[1] :

هي الأرض غير المملوكة والموقوفة الّتى لم يسبق الانتفاع بها وهي بعيدة من العامر[2] .

وزاد المالكيّة والحنابلة قيدا : ألاّ يتعلق بها اختصاص بوجه من الوجوه .

ووجوه الاختصاص هى :

الأوّل : ماكان بتحجير .

الثّانى : ماكان حريما لبلد أو بئر أو شجرة أو دار[3] .

والثّالث : ماكان بإقطاع الإمام[4] .

---

(١) الموات ـ بفتح الميم ـ : معناه فى اللغة : مالاروح فيه .
والأرض الموات هى التى لامالك لها ولاينتفع بها أحد ، ويقال لها أيضا : الأرض الموتان ـ بالتحريك ـ والميتة انظر : القاموس المحيط ، فصل الميم ، باب التاء مادة (مات) ١٥٨/١ ، المصباح المنير ، نفس المادة السابقة الميم مع الواو ٢٥١/٢ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٣٤/٦ بتصرف .

(٣) معناه : ماتعلق بمصالح البلد أو البئر .. مما تمس الحاجة اليه لتمام الانتفاع به وان حصل الانتفاع بدونه فحريم البلد مثلا طرقها ومرعاها ومطرح قمامتها وهكذا .
انظر : تبيين الحقائق ٣٦/٦ ، الشرح الصغير ٨٨/٤ ، مغنى المحتاج ٣٦٣/٢ ، المغنى لابن قدامة ٥٩٣/٥ .

(٤) سيأتى الكلام عن الاقطاع فى هذا المبحث .

والرّابع : ماكان بحماه .(١)

فالأرض الموات إذا تزاحم النّاس عليها : قدّم السّابق منهم إليها :

- فإن سبق الإمام إلى حبسها لمصلحة من مصالح المسلمين كان اتخذها حمى او مطارا او اقطعها : كان احقّ بها .

لانّه صلّى اللّه عليه وسلّم حمى النّقيع لخيل المسلمين .(٢)

---

(١) ومعناه : ان يحمى الامام موضعا من الارض الموات لحاجة المسلمين فيمنع رعى كلئه لرعى دواب خاصة كنعم الصدقة ونعم فقراء المسلمين .
ويشترط لجواز ذلك شرطان :
أحدهما : أن تكون حاجة المسلمين داعية اليه لأجل نفعهم فلايحمى الامام لنفسه ولالأحد عند عدم الحاجة .
والثاني : أن تقل مساحة الحمى بحيث لايضيق على الناس بل يكون فاضلا عن منافع أهل ذلك الموضع .
وقيل : ان الحمى لايكون الا لله ورسوله للحديث الذى أخرجه البخارى وأبو داود بسندهما الى ابن عباس رضى الله عنهما أن الصعب بن جثامة قال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لاحمى الا لله ولرسوله) .
وهذا رأى يرده الاجماع لأن عمر وعثمان رضى الله عنهما حميا واشتهر ذلك ولم ينكر فكان اجماعا .
ويجاب على الحديث : بانه يحمل على حمى الامام لنفسه فلايجوز قطعا لأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم .
انظر : الشرح الكبير ٦٩/٤ ، شرح الزرقانى على خليل ٦٧/٧ ، مغنى المحتاج ٣٦٨/٢ ، المغنى لابن قدامة ٥٨١/٥ شرح منتهى الارادات ٤٦٦/٢ .
والحديث فى : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب المساقاة ، باب لاحمى الا لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم ٤٤/٥ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج ، باب فى الأرض يحميها الامام أو الرجل ٣٣٩/٨ .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخارى بسنده الى ابن شهاب الزهرى قال : بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع قال ابن حجر فى الفتح : هو مرسل أو معضل .
كما أخرجه أبو داود فى سننه من طريقين : أحدهما موصول ، والثانى مرسل وسكت عليهما .
انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب المساقاة ، باب لاحمى الا لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم ٤٥/٥ .
سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج ، باب فى الأرض يحميها الامام أو الرجل ٣٣٩/٨ .

ولأنّه صلّى اللّه عليه وسلّم أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ أَرْضاً مِنْ أَمْوالِ بَنِي النَّضِيرِ (١) .

وَأَقْطَعَ وَائِلَ بْنَ حُجْرٍ أَرْضاً بِحَضْرَمَوتَ (٢) .

وإن لم يسبق الإمام إلى الأرض الموات : فإنّ هناك طرقا ينال بها الإنسان أحقيّة السّبق إليها هي :

الطّريق الأوّل : إحياء الموات .

وهو التّصرّف في الأرض الموات بما يجعلها أرضا نامية (٣) .

ويكون ذلك بكل ماتعارفه النّاس إحياء .

لما أخرجه البخاري بسنده إلى عمر بن الخطّاب رضي اللّه عنه أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيّتَةً فَهِيَ لَهُ) (٤) .

---

(١) هذا الحديث علقه البخارى عن أبى ضمرة عن هشام عن أبيه . وقد أخرجه موصولا من حديث هشام عن أبيه عن أسماء رضى الله عنها قالت : كنت أنقل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ .
انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب فرض الخمس ، باب ماكان النبى صلى الله عليه وسلم يعطى المؤلفة قلوبهم وغيرهم من الخمس ونحوه ٢٥٢/٦ .

(٢) هذا الحديث أخرجه أبو داود من طريقين وسكت عليهما . وأخرجه الترمذى وقال : حسن صحيح .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج باب فى اقطاع الأرضين ٣١٠/٨، ٣١١ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، أبواب الأحكام ، باب فى القطائع ٦٣٥/٤ .
ووائل بن حجر هو : ابن سعد بن مسروق بن وائل الحضرمى أبو هنيدة ويقال أبو هند الكندى صحابى جليل سكن الكوفة وعقبه بها ومات فى ولاية معاوية بن ابى سفيان
انظر : تهذيب التهذيب ٩٦/١١

(٣) انظر : الدر المنتقى بشرح مجمع الأنهر ٥٥٧/٢ ، تبيين الحقائق ٣٤/٦ .

(٤) هذا الحديث أخرجه البخارى مرفوعا وموقوفا على عمر رضى الله عنه . كما أخرجه أبو داود عن سعيد بن زيد مرفوعا وسكت عليه ، والترمذى من حديث جابر بن عبد الله وقال : حسن صحيح ، ومالك فى الموطأ .
انظر : صحيح البخارى ، الحرث والمزارعة ، من أحيا أرضا مواتا ٧٠/٣ .
=

فقد علّق صلّى اللّه عليه وسلم الملك على الإحياء ولم يبيّنه ولاذكر كيفيّته فوجب الرّجوع فيه إلى العرف (١) .

وإن كان بعض الفقهاء قد حصر الطّرق الّتى يكون بها الإحياء بما يضيق المقام عن ذكره ويجمع ذلك البناء والزّراعة والإعداد لها (٢) .

هذا وبإحياء الموات ينال الإنسان السّبق إلى تملّك هذه الأرض دون غيره كما دلّ على ذلك الحديث السّابق وذلك باتفاق الفقهاء إلاّ أنّهم اختلفوا فى الشّروط الّتى تشترط لذلك .

ومااراه جديرا بالاهتمام من النّاحية الاقتصاديّة شرطان :

الأوّل : اشتراط أبى حنيفة رحمه اللّه إذن الإمام لتملّك الأرض الموات بالإحياء ، وهو قول المالكيّة فى المشهور من مذهبهم إلا أنّهم اشترطوه فيما إذا اقترب الاحياء من العمران وليس فيه ضرر على احد (٣) .

واستدلّ ابو حنيفة على ماقاله بالادلّة الآتية :

= سنن ابى داود مع معالم السنن ، كتاب الخراج والامارة والفىء ، باب فى احياء الموات ٤٥٤/٣ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، أبواب الأحكام ، ماذكر فى احياء الموات ٦٣٢/٤ .
موطأ مالك ، كتاب الأقضية ، القضاء فى عمارة الموات ص ٥٢٨ .

(١) انظر : المهذب ٤٣١/١ ، الزيادات التى بهامش الأم للشافعى ٢٦٥/٣ ، المغنى لابن قدامة ٥٩١/٥ .

(٢) انظر : م : الشرح الصغير ٩٣/٤ ، الشرح الكبير ٦٩/٤ .
ل : شرح منتهى الارادات ٤٦٢/٢ ، كشاف القناع ١٩١/٤ .

(٣) انظر : ف : البدائع ١٩٥/٦ ، المبسوط ١٦٧/٢٣ ، تبيين الحقائق ٣٥/٦ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٠/١٠ .
م : مواهب الجليل ١١/٦ ، الشرح الصغير ٩٤/٤ ، المنتقى ٢٨/٦ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٢٩/٤ .
وأنبه هنا : الى أن احياء الموات القريب من العمران لم يجزه غير المالكية باذن الامام ، والحنابلة فى رواية لهم فيما لم يتعلق بمصالح العامر .
انظر : المراجع السابقة ، والمغنى لابن قدامة ٥٦٧/٥ .

الأوّل : ماأخرجه الطّبرانيّ وغيره بسنده إلى معاذ بن جبل رضي اللّه عنه قال : سمعت رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم يقول : (إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَاطَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ)(١) .

فإذا لم ياذن الإمام لمن يريد الإحياء فلم تطب نفسه به فلايكون له(٢) .

والثّاني: ماأخرجه البيهقيّ وغيره بسنده إلى طاووس قال قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم : (عَادِيُّ ٱلأَرْضِ لِلّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ لَكُمْ مِنْ بَعْدُ)(٣) .

فما كان مضافا إلى اللّه تعالى والرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم فالتّدبير فيه إلى الإمام فلايستبدّ أحد به بغير إذن الإمام(٤) .

---

(١) هذا الحديث رواه الطبراني في معجمه الكبير والأوسط وهو معلول بعمرو بن واقد كما جاء في نصب الراية ، وجاء في مجمع الزوائد : عمرو بن واقد متروك . اهـ وقد رواه اسحاق بن راهويه في (مسنده) ، والبيهقي في المعرفة ، باب احياء الموات باسناد منقطع وفيه رجل مجهول .
انظر : نصب الراية ٤٣١،٤٣٠/٣ ، الدراية ١٢٨/٢ ، مجمع الزوائد ٣٣١/٥ .

(٢) انظر : البدائع ١٩٥/٦ ، المبسوط ١٦٧/٢٣ ، تبيين الحقائق ٣٥/٦ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٠/١٠ .

(٣) هذا الحديث أخرجه البيهقي ويحيى بن آدم من طريقين : أحدهما : مرسل عن طاووس .
والثاني : موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما .
وقد أخرجه أبو يوسف في كتابه (الخراج) من الطريق الأول .
انظر : سنن البيهقي ، كتاب احياء الموات ، باب لايترك ذمي يحييه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلها لمن أحياها من المسلمين ١٤٣/٦ .
الخراج ليحيى بن آدم ، باب من أحيا أرضا ميتة ص٨٢،٨١ الخراج لأبي يوسف ، في موات الأرض ص ١٣٩ .
ومعنى عادى : ماقدم خرابه وليس المراد مايقتضيه ظاهر اللفظ من كونه منسوبا الى عاد لأن عادا لم يملك جميع الموات .
انظر : العناية على الهداية ٦٩/١٠ .

(٤) انظر : المبسوط ١٦٧/٢٣ .

والثّالث : القياس على مال بيت المال فليس لأحد أن يختصّ به بدون إذن الإمام (١) .

أمّا جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة والظّاهريّة وأبي يوسف ومحمّد من الحنفيّة : فقد قالوا :

لايشترط إذن الإمام لتملّك الأرض الموات بل تملك بإحيائها وإن كان المالكيّة والشّافعيّة استحبّوا إذنه خروجا من الخلاف .

واستدلّوا على ذلك :

- بحديث (مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيّتَةً فَهِيَ لَهُ) (٢) .

- واستدلّ غير الظّاهريّة بالقياس على تملّك سائر المباحات كالحطب والصّيد بجامع أنّ كلاً عين مباحة لايفتقر تملّكها إلى إذن الإمام (٣) .

ويجاب على أدلّة أبي حنيفة :

- بأنّ الأحاديث الّتي استدلّ بها غير قويّة .

- كما أنّ القياس على مال بيت المال : قياس مع الفارق لأنّ مال بيت المال مملوك للمسلمين وللإمام ترتيب مصارفه فافتقر إلى اذنه بخلاف الأرض الموات فإنّها مباحة فمن سبق إليها كان أحقّ بها كالحشيش والحطب والصّيود والثّمار

---

(١) انظر : نفس المرجع السابق ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٠/١٠ ، مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ .
(٢) سبق تخريجه ص ٤٩٨ .
(٣) انظر : ف : الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٠/١٠ ، تبيين الحقائق ٣٥/٦ ، مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ ، البدائع ١٩٤/٦ .
م : مواهب الجليل ١١/٦ ، المنتقى ٢٨/٦ ، الشرح الصغير ٨٧/٤ .
ش : مغني المحتاج ٣٦١/٢ ، المهذب ٤٣٠/١ .
ل : المغني ٥٩٧/٥ .
ظ : المحلى ٢٣٣/٨ .

المباحة فى الجبال .[1]

تعقيب :

ويظهر مما سبق أنه ليس هناك دليل لأبى حنيفة إلا أنه من باب السياسة الشرعية ينبغى أن يستأذن الإمام لسببين :

أحدهما : أن الأرض من الأشياء النفيسة التى جرت العادة على تزاحم الناس عليها فكان إذن الإمام فملا فيما بين الناس من خصومات وإضرار بعضهم ببعض .[2]

والثانى : أن الإمام قد يحتاج الأرض لمصلحة من مصالح المسلمين بأن ينشىء فيها مطارا أو ميدانا .. فاقتضى ذلك استئذانه .

وهذا لايعنى عدم الأخذ بحديث (مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ)[3] وإنما هو أخذ به ولكن بإذن الإمام .

يقول السرخسى رحمه الله : (هذا الحديث لبيان السبب وبه يأخذ أبو حنيفة لأن سبب الملك بعد إذن الإمام هو الإحياء ولكن إذن الإمام شرط . وليس فى هذا اللفظ ماينفي هذا الشرط بل فى قوله صلى الله عليه وسلم : (وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ)[4] إشارة إلى هذا الشرط فالإنسان على رأى الإمام والأخذ بطريق التغالب فى معنى عرق ظالم)[5] .

على أنه لو أمر الإمام بعدم إحياء الموات إلا بإذنه

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ٥٩٧/٥ .
(٢) انظر : الخراج لأبى يوسف ص ١٣٨ .
(٣) سبق تخريجه ص ٤٩٨ .
(٤) سبق تخريجه ص ٢٥٤ .
(٥) انظر : المبسوط ١٦٧/٢٣ .

صار شرطا يجب الالتزام به لقوله تعالى : {يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوآ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُولِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ}(١) .

الشّرط الثّاني : اشتراط المالكيّة في المشهور من أقوالهم دوام الإحياء فلو لم يدم بأن تركها المحيي حتّى اندرست وطال تركه لها وأحياها غيره تملّكها هذا الغير بالإحياء والمعتبر في الطّول الدّال على الإعراض العرف(٢) .

ودليلهم على ذلك :

القياس على الصّيد إذا خرج من يد صائده فلحق بالوحش فهو لمن صاده بعده ، لأنّ كلّ من ملك المباح ثمّ خرج عن يده حتّى عاد إلى أصله فإنّه يعود إلى الإباحة وهو لمن يملكه بعده(٣) .

أمّا الجمهور : فلم يشترطوا هذا الشّرط ولاتخرج الأرض بعد الإحياء من ملك محييها بتركه لها وإن طال الزّمان وهو رأي سحنون(٤) من المالكيّة(٥) .

واستدلّوا على ذلك بالأدلّة الآتية :

---

(١) سورة النساء : ٥٩

(٢) انظر : الشرح الصغير ٨٨/٤ ، حاشية البناني على خليل ٦٥/٧ .

(٣) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٣١،٣٠/٦ .

(٤) سحنون هو : أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة التنوخي الملقب بسحنون الفقيه المالكي انتهت اليه الرياسة في العلم بالمغرب وعنه انتشر مذهب مالك في الغرب . صنف كتاب المدونة في مذهب الامام مالك وأخذها عن ابن القاسم . كانت حياته من سنة ١٦٠هـ الى سنة ٢٤٠هـ .
انظر : وفيات الأعيان ١٨٠/٣ ، شجرة النور الزكية ص ٦٩

(٥) انظر : المنتقى ٣١/٦ ، الفروق ١٨/٤ ، المغني لابن قدامة ٥٦٤/٥ ، شرح منتهى الارادات ٤٥٩/٢ ، المحلى ٢٣٣/٨ .

الأوّل : قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَه) (١) .

فقد علّق صلّى اللّه عليه وسلّم الملك على الإحياء لاعلى دوامه (٢) .

والثّاني : ماأخرجه البخاري بسنده إلى عائشة رضي اللّه عنها عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (مَنْ أَعْمَرَ أَرْضاً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقّ) (٣) .

ومفهومه أنّها لو كانت لأحد لاتملك والأرض المندرسة كذلك لأنّها ملك لمن أحياها أولا (٤) .

والثّالث : القياس على الأرض المشتراه فلاخلاف أنّ من اشترى أرضا ثمّ اندرست فأحياها غيره بعده فإنّها لمن اشتراها دون غيره (٥) .

وقد أجاب القرافي رحمه اللّه على هذه الأدلّة بما يأتى

- أنّ الحديث الأوّل : يدلّ على قول المالكيّة فى اشتراط دوام الإحياء (بسبب أنّ ترتيب الحكم على الوصف يدلّ على عليّة ذلك الوصف لذلك الحكم : وقد رتب الملك على وصف الإحياء سببه وعلته ، والحكم ينتفي لانتفاء علّته وسببه فيبطل الملك بهذا الحديث لهاتين القاعدتين) (٦) .

ويمكن أن يكون هذا جوابا عن الحديث الثّانى أيضا .

ولكن فى هذا الجواب نظراً : لأنّ العلّة فى الملك تتحقق

---

(١) سبق تخريجه ص ٤٩٨ .
(٢) انظر : الفروق ١٨/٤ .
(٣) صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الحرث والمزارعة ، باب من أحيا أرضا مواتا ١٨/٥ .
(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ٥٦٤/٥ .
(٥) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٣١/٦ .
(٦) انظر : الفروق ١٨/٤ .

بمجرّد الإحياء وقد وجد ، ودوامه شيء آخر .

وقوله (له) ـ في الحديث ـ يدلّ على ثبوت الملك باللّفظ ودوامه بالاستصحاب .

ـ وقد أجاب القرافي رحمه اللّه عن الاستدلال الأخير للجمهور : (بأنّ الإحياء سبب فعلي تملك به المباحات من الأرض وأسباب تملّك المباحات الفعليّة ضعيفة لورودها على غير ملك سابق بخلاف أسباب الملك القوليّة ... لأنّها ترد على مملوك غالبا فلتأصّل الملك قبلها قويت إفادتها للملك لاجتماع إفادتها مع افادة ماقبلها وكذلك إذا ورد البيع على الإحياء لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب) (١) .

ولعلّ تقسيم أسباب الملك إلى قويّة وضعيفة تقسيم في مذهب الإمام مالك لأنّ أسباب الملك الّتي ذكرها الفقهاء ومنها الاستيلاء على المباح لم يفرّقوا فيها بين قوي يبقى وضعيف يزول .

هذا وإن كانت أدلّة المالكيّة وردت عليها مناقشة إلّا أنّ قولهم قويّ من النّاحية الاقتصاديّة لسببين :

الأوّل : أنّ به يتحقّق الغرض من استحباب إحياء الموات في الشّريعة الإسلاميّة .

وممّا يدلّ على ذلك : ماأخرجه النّسائي وابن حبان بسندهما إلى جابر بن عبد اللّه أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : (مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ وَمَا أَكَلَتِ

---

(١) انظر : نفس المرجع السابق ١٩/٤ .

ٱلْعَافِيَةُ مِنْهَا فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ)(١) .

والثّاني : أنّ إغفال هذا الشّرط يعود بالضّرر على النّاس لأنّ ممسك الأرض صار حابسا لها فلاهو مستمرّ فى إحيائها لينتفع النّاس بذلك ، ولاهو تارك لها فينتفع غيره بإحيائها . واللّه أعلم .

الطّريق الثّانى ـ لنيل أحقيّة السّبق إلى الأرض الموات ـ : التّحجير .

التّحجير مأخوذ من الحجر وهو المنع .

ومعناه : أن يشرع الإنسان فى الإحياء بأن يعلّم فى موضع الموات علامة يمنع بها غيره من إحياء ذلك الموضع كأن يدير حول الأرض الّتى أراد إحياءها ترابا أوأحجارا أو جدارا صغيرا(٢) .

والتّحجير يعطي المتحجر أحقيّة الاختصاص بذلك الموضع لا امتلاكه . والدّليل على ذلك :

(١) هذا الحديث أخرجه النسائى ، وابن حبان فى صحيحه فى النوع الأول من القسم الأول بهذا اللفظ عن حماد بن سلمة عن أبى الزبير عن جابر وأعاده فى النوع الثالث والأربعين من القسم الثالث .
انظر : نصب الراية ٢٨٩/٤ ، مجمع الزوائد ١٥٧/٤ .
الاحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، كتاب احياء الموات ، ذكر كتبه الله جل وعلا الأجر لمحيى الموات من أرض الله جل وعلا ٣٢٠،٣١٩/٧ .
ومعنى العافية : كل طالب رزق من انسان أو بهيمة أو طائر .
انظر : النهاية فى غريب الحديث ٢٦٦/٣ .

(٢) انظر : ف : المبسوط ١٦٧/٢٣ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى ٣٥/٦ ، الدر المختار ورد المحتار ٢٧٨/٥ ، العناية شرح الهداية ٧٢/١٠ .
م : المنتقى ٣٠/٦ .
ش : المهذب والنظم المستعذب ٤٣٢،٤٣٠/١ .
ل : المغنى ٥٦٩/٥ ، كشاف القناع ١٩٢/٤ .

ما أخرجه ابو داود بسنده الى أَسْمَرَ بْنِ مُضَرِّسٍ(١) قال : أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَايَعْتُهُ فَقَالَ : (مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ . قَالَ فَخَرَجَ النَّاسُ يَتَعَادَوْنَ يَتَخَاطُّونَ)(٢) .

فهذا الحديث يثبت للمتحجّر أحقيّة الاختصاص لا التّملك لأنّ سبب الملك الاحياء ولم يوجد(٣) .

وممّا يؤيّد ذلك : ما أخرجه يحيى بن آدم وغيره بسنده إلى سالم بن عبد الله عن أبيه (عبد اللّه بن عمر) قال : كَانَ النَّاسُ يَتَحَجَّرُونَ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ : مَنْ أَحْيَا أَرْضاً فَهِيَ لَهُ .

قال يحيى : كأنه لم يجعلها له بمجرد التحجير حتى يحييها(٤) .

---

(١) هو أسمر بن مضرس الطائي صحابي من أعراب البصرة له حديث واحد ـ وهو هذا الحديث ـ وهو حديث غزيز لايعرف له غيره .
انظر : تهذيب التهذيب ٢٩٥/١ .

(٢) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه وحسنه ابن حجر في الاصابة .
انظر : سنن ابي داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج والفيء والامارة ، باب في اقطاع الأرضين ٣٢٥/٨ .
الاصابة ٣٩/١ .
ومعنى : يتعادون : أي يسرعون والمعاداة الاسراع بالسير .
ويتخاطون : أي كل منهم يسبق صاحبه في الخط واعلام مايريد أن يضع يده عليه بعلامة تبين ذلك .
انظر : عون المعبود ٣٢٥/٨ ، نيل الأوطار ٤٦/٦ ، معالم السنن للخطابي ٤٥٣/٣ .

(٣) انظر : أسنى المطالب ٤٤٧/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٩٣/٣ ، المغني لابن قدامة ٥٦٩/٥ .

(٤) هذا الأثر أخرجه يحيى بن آدم في الخراج ، والبيهقي في سننه من نفس الطريق ، وأخرجه أبو عبيد في الأموال من طريقين آخرين في أحدهما محمد بن اسحاق ، ورواه أبو يوسف في الخراج من هذا الطريق الأخير أيضا .
انظر : الخراج ليحيى بن آدم ، باب التحجير ص ٨٦ . =

هذا وقد اشترط الشّافعيّة لأحقيّة الاختصاص شرطين يتفقان مع القواعد العامّة للشّريعة :

أحدهما : أن لايزيد المتحجّر على قدر كفايته ، فإن خالف كان لغيره ان يحيى مازاد على كفايته .

والثّاني : القدرة على تهيئة الاكمال فلوتحجّر مايعجز عن إحيائه كان لغيره إحياء الزّائد (١) .

ومعنى اختصاص المتحجّر بالأرض الموات : أنّه تثبت له الأمور الآتية :

الأوّل : أنّ الأرض تترك في يده مدّة من الزّمان حتّى يتمكّن من إحيائها فإن أحياها وإلاّ أخذت منه .

واختلف الفقهاء في تقدير هذه المدّة :

- فقال الشّافعيّة والحنابلة : إنّ المرجع في ذلك إلى العرف فإن طالت المدّة عرفا ولم يحى : خيره الحاكم بين الإحياء وبين التّرك لأنّه ضيّق على النّاس في حقّ مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق أو مورد ماء أو معدن لاينتفع ولايدع غيره ينتفع .

فإن طلب مهلة أمهله الحاكم حسبما يراه إلاّ أنّ الحنابلة قالوا : لايمهل إلاّ لعذر وهو قول السّبكي من

= سنن البيهقي ، كتاب احياء الموات ، مايكون احياء ١٤٨/٦ .
الأموال لأبي عبيد ، باب في احياء الأرضين واحتجارها ص ٣٦٨ .
الخراج لأبي يوسف ، في موات الأرض ص ١٤٠ .

(١) انظر : مغني المحتاج ٣٦٦/٢ ، أسنى المطالب ٤٤٧/٢ .

الشّافعيّة (١) .

- وقال الحنفيّة : إنّ الأرض لاتؤخذ من المتحجّر إلى ثلاث سنين فإذا لم يحيها فيها أخذها الحاكم منه ودفعها إلى غيره :

لقول عمر رضي اللّه عنه : (لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ) (٢) .

ولأنّ الإمام إنّما دفع الأرض إلى الإنسان ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر أو الخراج فإذا لم يحصل المقصود فلافائدة في تركها في يده .

---

(١) انظر : ش : مغني المحتاج ٣٦٧/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٩٤/٣ .
ل : كشاف القناع ١٩٣/٤ ، المغني ٥٦٩/٥ .
والسبكي هو : أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي الأنصاري الخزرجي ، تقي الدين شيخ الاسلام في عصره وهو والد التاج السبكي . وله تصانيف مشهورة منها : الدر النظيم في التفسير ومختصر طبقات الفقهاء وكانت حياته من سنة ٦٨٣هـ الى سنة ٧٥٦هـ .
انظر : طبقات الشافعية للحسيني ص ٢٧٣ ، الاعلام ٣٠٢/٤

(٢) انظر : الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٢/١٠ ، تبيين الحقائق ٣٥/٦ .
والأثر :أخرجه أبو يوسف في الخراج من ثلاث طرق :
أحدهما : مرفوع عن طاووس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مرسل .
والآخران : موقوفان على عمر .
وفي أحدهما : محمد بن اسحاق .
والآخر : عن الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب والحسن بن عمارة ضعيف وسعيد عن عمر فيه كلام .
كما اخرجه يحيى بن آدم في الخراج عن عمرو بن شعيب واسناده منقطع لأن عمرو لم يدرك عمرا والانقطاع لايضر .
وأخرجه البيهقي من نفس الطريق .
انظر : نصب الراية ٢٩٠/٤ .
الخراج لأبي يوسف ، في موات الأرض ، من أحيا أرضا مواتا ص ١٤٠،١٣٩ .
الخراج ليحيى بن آدم ، باب التحجير ص ٨٧ .
سنن البيهقي ، كتاب احياء الموات ، مايكون احياء ١٤٨/٦ .

وهـذا بنـاء على قولهم انّه يشترط إذن الإمام فى الإحياء وقـد استحسن أشهب من المالكيّة ماروي عن عمر رضى الله(١) عنه فى تقدير مدّة التّحجير بثلاث سنين (٢) .

الأمر الثّاني : أنّه إذا مضت المدّة الّتى ذكرها الفقهاء وجاء آخر فأحيا هذه الأرض : فإنّها تكون للمحيي وينتهي حقّ الاختصاص الّذى كان للأوّل .

وأمّا إذا أحياها الثّانى فى أثناء المدّة : فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

الأوّل : انّ الثّانى لايملكها بذلك ويظلّ حقّ المتحجّر قائما .

وهو قول الحنابلة فى ظاهر مذهبهم ، وقول للشّافعيّة (٣) .

واستدلّوا على ذلك :

(أ) بمفهوم الحديثين الآتيين :

(مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ) (٤) .

---

(١) أشهب هو : أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن ابراهيم القيسى العامرى الجعدى وقيل اسمه مسكين وأشهب لقب له . وهو فقيه مالكى مصرى . قال الامام الشافعي رحمه الله : مارأيت أفقه من أشهب لولا طيش فيه . وانتهت اليه رئاسة المذهب فى مصر بعد ابن القاسم ولد سنة ١٥٠هـ وقيل ١٤٠هـ وتوفى سنة ٢٠٤هـ . انظر : وفيات الأعيان ٢٣٨/١ ، سير أعلام النبلاء ٥٠٠/٩ تهذيب التهذيب ٣١٤/١ ، الديباج المذهب ٣٠٧/١ .

(٢) انظر : المنتقى شرح الموطأ ٣٠/٦ .

(٣) انظر : ش : مغنى المحتاج ٣٦٧/٢ ، أسنى المطالب ٤٤٧/٢ ل : كشاف القناع ١٩٣/٤ ، المغنى ٥٦٩/٥ .

(٤) هذا الحديث بهذه الزيادة (فى غير حق مسلم وليس لعرق ظالم فيه حق) أخرجه البخارى معلقا عن عمرو بن عوف . وقال ابن حجر فى الفتح : له شاهد قوى أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد . ثم ذكر أن فى الباب أحاديث أخرى يتقوى بعضها ببعض . انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، فى الحرث والمزارعة ، باب من أحيا أرضا مواتا ١٨/٥، ١٩ .

و (مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ)(1) .

فمفهوم هذين الحديثين يدلّ على أنّ الأرض لاتكون لمن أحياها إذا كان لمسلم فيها حقّ(2) .

(ب) وبالقياس على حقّ الشّفيع فإنّه يقدّم على شراء المشترى فكذلك حقّ المتحجّر يقدّم على حقّ المحيى ، لأنّهما حقّان سابقان فكانا أولى بالتّقديم(3) .

والقول الثّاني : أنّ من أحيا الأرض المتحجّرة أثناء مدّة التّحجير فإنّه يملكها بذلك وإن كان غاصبا .

وهو قول الحنفيّة ، والشّافعيّة فى الأصحّ من مذهبهم ، ورواية عند الحنابلة .

واستدلّوا على ذلك :

- بالقياس على من دخل فى سوم أخيه واشترى فإنّه منهي عنه ولو فعل يجوز العقد .

لأنّه قد تحقّق سبب الملك من كلّ فثبت له(4) .

التّرجيح :

وأرى أنّ الرّاجح هو القول الأوّل بأنّ المتحجّر أحقّ بالأرض ممّن أحياها فى أثناء مدّة الإمهال .

- لدلالة الأدلّة السّابقة .

---

(1) سبق تخريجه ص ٥٠٧ .
(2) انظر : المغنى لابن قدامة ٥٦٩/٥ .
(3) انظر : ش : روضة الطالبين ٢٨٨/٥ ، مغنى المحتاج ٣٦٧/٢ .
ل : كشاف القناع ١٩٣/٤ ، المغنى ٥٦٩/٥ .
(4) انظر : ف : تبيين الحقائق ٣٥/٦ ، رد المحتار ٢٧٨/٥ .
ش : روضة الطالبين ٢٨٨/٥ ، مغنى المحتاج ٣٦٧/٢ .
ل : المغنى ٥٦٩/٥ .

- ولأنّ المتحجّر سابق والسّبق من أسباب التّرجيح .

- ولأنّ الأخذ بالقول الآخر يؤدّى إلى شيوع الفوضى بين النّاس واعتداء كلّ إنسان على حقّ اخيه غير آبه بالعصيان الّذى نوّهوا عنه لاسيّما إذا كان ممن لايخاف اللّه . واللّه أعلم .

الأمر الثّالث :أنّه يجوز للمتحجّر نقل حقّ الاختصاص إلى غيره ويصير الثّانى بمنزلته .

لأنّ صاحبه أقامه مقامه وآثره به فصار كإيثاره بجلد الميّتة قبل الدّباغ .

نصّ على ذلك الشّافعيّة والحنابلة (١) .

وأمّا لو أراد المتحجّر بيع حقّ الاختصاص : فقد اختلف الفقهاء في ذلك :

- فقال الجمهور : لايصحّ بيعه .

لأنّ حقّ التّملك لايباع كحقّ الشّفعة قبل الأخذ به .

وكمن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه (٢) .

- وقال أبو اسحاق من الشّافعيّة (٣) ، وأبو الخطاب من

---

(١) انظر : ش : روضة الطالبين ٢٨٨/٥ ، مغنى المحتاج ٣٦٦/٢ ، المهذب ٤٣٢/١ .
ل : المغنى ٥٦٩/٥ ، كشاف القناع ١٩٣/٤ .

(٢) انظر : نفس المراجع السابقة ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٥٤ .

(٣) هو أبو اسحاق المروزى فقد قال النووى في المجموع ٧/٧ حيث أطلق في المهذب أبا اسحاق فهو المروزى . اهـ
وهو : ابراهيم بن أحمد بن اسحاق المروزى الفقيه الشافعى . كان اماما جليلا ورعا زاهدا اخذ الفقه عن أبى العباس بن سريج وبرع فيه وانتهى اليه الرياسة بالعراق بعده . ثم انتقل فى آخر عمره الى مصر وتوفى بها سنة ٣٤٠هـ ودفن قريبا من الشافعى . وقد شرح مختصر المزنى .
انظر : وفيات الأعيان ٢٦/١ ، طبقات الشافعية للحسينى ص ٢٠٣ .

الحنابلة : يصحّ بيعه . كبيع علوّ البيت للبناء والسّكنى دون أسفله [(١)] .

وأمّا إذا مات المتحجّر : فإنّ حقّه ينتقل إلى وارثه كالشّفعة .

نصّ على ذلك الشّافعيّة والحنابلة وهو مقتضى كلام المالكيّة في تعريف التّركة [م ش ل (٢)] .

الطّريق الثّالث ـ لنيل أحقيّة السّبق إلى الأرض الموات ـ : الإقطـــاع .

ومعنـــاه هنـــا : إعطاء الإمام بعض الرّعية جزءاً من الأرض الموات [(٣)] .

وقد دلّت عليه أحاديث كثيرة منها :

أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم أَقْطَعَ ٱلزُّبَيرَ أَرْضاً مِنْ أَمْوالِ بَنِي ٱلنَّضِيرِ [(٤)] .

وأنّه صلّى اللّه عليه وسلّم أَقْطَعَ وَائِلَ بْنَ حُجْرٍ أَرْضاً بِحَضْرَمَوت [(٥)] .

---

(١) انظر : المهذب ٤٣٢/١ ، روضة الطالبين ٢٨٨/٥ ، مغني المحتاج ٣٦٧/٢ ، المغني ٥٦٩/٥ .

(٢) م : الشرح الكبير ٤٥٦/٤ ، الشرح الصغير ٦١٦/٤ .
ش : المهذب ٤٣٢/١ ، حاشية الشهاب الرملي بهامش أسنى المطالب ٣/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٢ .
ل : القواعد لابن رجب ص ٣١٦، ٣١٧ .

(٣) انظر : تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي ٦٣٣/٤ ، النظم المستعذب ٤٣٣/١ .
وهذا معنى الاقطاع هنا ، ومعناه بوجه عام : تسويغ الامام من مال الله شيئا لمن يراه اهلا لذلك .
انظر : سبل السلام ٨٥/٣ ، فتح الباري ٤٧/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص ٤٩٨ .

(٥) سبق تخريجه ص ٤٩٨ .

وقد اختلف الفقهاء فيما يترتّب على الإقطاع من أثر على أقوال :

الأول : أن الاقطاع يفيد أحقية المقطع له بالأرض المقطعة ولايملكها إلاّ بالإحياء بمنزلة التّحجير .

وهذا قول أبى حنيفة والشّافعى وأحمد رحمهم اللّه .

واشترط الشّافعيّة والحنابلة لذلك : أن لايقطع الإمام إلاّ قادراً على الإحياء ،ويكون مايقطعه له قدراً يستطيع إحياءه لو أراده (١) .

وأدلّة هذا القول :

ـ ما أخرجه أبو عبيد والبيهقيّ بسندهما إلى بلال بن الحارث (٢) أنَّ رَسُولَ ٱللّٰهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَهُ ٱلْعَقِيقَ أَجْمَعَ : فَلَمَّا كَانَ زَمَانُ عُمَرَ قَالَ لِبِلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يُقْطِعْكَ لِتَحْجُرَهُ عَنِ ٱلنَّاسِ إِنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتَعْمَلَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَاقَدَرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ وَرُدَّ ٱلْبَاقِي (٣) .

---

(١) انظر : ف : رأى أبى حنيفة هو بعينه ماقاله فى الاحياء سابقا حيث لم يجز أن يملك الانسان بالاحياء من غير اقطاع الامام أو اذنه . انظر ماسبق ص ٤٩٩ .
ش : الأم ٢٦٩/٣ ، روضة الطالبين ٢٨٨/٥، ٢٨٩ ، المهذب ٤٣٣/١ .
ل : المغنى ٥٧٠/٥ ، كشاف القناع ١٩٥/٤ ، المبدع ٢٥٩/٥ .

(٢) هو بلال بن الحارث المزنى أبو عبد الرحمن المدنى صحابى جليل روى عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن عمر ابن الخطاب وابن مسعود ، وعنه ابنه الحارث وغيره ذكره ابن سعد فى الطبقة الثالثة من المهاجرين . توفى سنة ٦٠هـ وله ٨٠ سنة .
انظر : تهذيب التهذيب ٤٤٠/١ .

(٣) هذا الاثر اخرجه أبو عبيد فى الأموال ، والبيهقى فى سننه .
انظر : الأموال ، باب احياء الأرضين ص ٣٦٨ .
سنن البيهقى ، كتاب احياء الموات ، باب من أقطع قطيعة أو تحجر أرضا ثم لم يعمرها أو لم يعمر بعضها ١٤٩/٦ .

- وما اخرجه يحيى بن آدم وغيره بسنده الى عمرو ابن شعيب[1] قال : قال عمر : (مَنْ عَطَّلَ أَرْضاً ثَلاثَ سِنِينَ لَمْ يَعْمُرها فَجَاءَ غَيْرُهُ فَعَمَرَهَا فَهِيَ لَهُ)[2] .

فهذان الأثران يدلان على أنّ المقطع له لايملك ما اقطع إلّا بالإحياء وإنّما له حقّ الاختصاص فقط .

والقول الثّاني : أنّ الاقطاع يفيد ملك المقطع له للأرض الموات وإن لم يعمرها ولاعمل فيها شيئا مادام الإمام قد اقطعه تمليكا لا انتفاعا .

فأمّا إذا اقطعه انتفاعا : فلايحقّ له إلّا الانتفاع فقط ولايملك الذّات .

وهذا قول المالكيّة ، وأبي يوسف من الحنفيّة ، والنّووي من الشّافعيّة[3] .

وزاد المالكيّة : الإقطاع بمقابل فلو أقطع الإمام لأحد على أنّ عليه كذا أو كلّ عام كذا :عمل به وكان المأخوذ في بيت المال[4] .

---

(١) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي أبو ابراهيم ويقال : أبو عبد الله المدني ويقال الطائفي. قال عنه ابن حجر في التهذيب : (ضعفه ناس مطلقا ، ووثقه الجمهور وضعف بعضهم روايته عن أبيه عن جده حسب) . توفي سنة ١١٨هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٤٣/٨ .

(٢) هذا الأثر أخرجه يحيى بن آدم في الخراج ، وحميد بن زنجويه النسائي في كتاب الأموال كما جاء في الدراية ونصب الراية . قال ابن حجر في الدراية : هذا مرسل رجاله ثقات .
انظر : الخراج ، التحجير ص ٨٦،٨٧ .
الدراية ٢٤٥/٢ ، نصب الراية ٢٩٠/٤ .

(٣) انظر : م : الشرح الصغير ٩٠/٤،٩١ ، مواهب الجليل ٣/٦
ف : الخراج لأبي يوسف ص ١٣٠ ، رد المحتار ٢٦٥/٣ .
ش : المجموع ٩٥/٦ ، مغني المحتاج ٣٦٧/٢ .

(٤) انظر : المراجع السابقة للمالكية .

والظاهر ان القائلين بهذا القول : اعتبروا الاقطاع كالهبة .

قال ابو يوسف رحمه الله : (والأرض عندي بمنزلة المال فللإمام أن يجيز من مال بيت المال من كان له عناء في الإسلام ومن يقوى به على العدو ويعمل في ذلك بالذى يرى أنه خير للمسلمين واصلح لأمرهم وكذلك الأرضون) (١) .

وفهم ابن عابدين رحمه الله من ذلك : (انه يدل على ان للإمام أن يعطي الأرض من بيت المال على وجه التمليك لرقبتها كما يعطي المال حيث رأى المصلحة إذ لافرق بين الأرض والمال في الدفع إلى المستحق) (٢) .

وقال الباجي رحمه الله : (لابأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء مايكفيهم ... ولعل هذا مقصور على الإقطاع دون الإحياء : لأن الإحياء لايملك به (الإنسان) الأرض إلا بالإنفاق والعمل فالغني أقدر عليه ، والإقطاع يملك به الأرض دون عمل ولانفقة فالفقير أحوج إليه من الغنى) (٣) .

تعقيب وترجيح :

ومما سبق يظهر :

أن أصحاب القول الثاني اعتبروا الإقطاع كالهبة أخذا بظاهر الأحاديث الواردة في الإقطاع ، وبالقياس على مال بيت المال .

---

(١) انظر : الخراج ص ١٣٠ .
(٢) انظر : رد المحتار ٢٦٥/٣ .
(٣) انظر : المنتقى ٢٩/٦ .

وعلى الإمام أن يراعى المصلحة فى ذلك ولذا قصر أبو يوسف الإقطاع على المستحق ، وأعطى الباجى أولوية الإقطاع للفقير دون الغنى .

وهي قيود تنبغى مراعاتها إذا قلنا بهذا القول .

وإن كنت أرى أنّ القول الأول هو الرّاجح للأسباب الآتية :

الأوّل : أنّ الإمام لايملك الأرض الموات حتّى يملكها وإنّما تملك بالإحياء كما قال الرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم .

والثّاني : أنّ الأخبار الّتى وردت عن إقطاع رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم لبعض الصّحابة رضوان اللّه عليهم كانت مجملة وليس فيها مايدلّ على أنّ الاقطاع كان سببا للملك بدون إحياء ، والظّاهر أنّ الإحياء كان مترتّبا على الإقطاع ولذا بقيت فى ايدى أصحابها حتّى إذا انتفى ذلك ولم يحى بلال بن الحارث ماأقطع : جاء قول عمر رضى اللّه عنه مفسرا للمقصود من الإقطاع وهو الإحياء وإلا نزعت الأرض من يد المقطع له وأعطيت لمن يحييها كما فى التّحجير .

والثّالث : أنّ قياس الأرض الموات على مال بيت المال قياس مع الفارق . لأنّ مال بيت المال مملوك للدّولة ، والموات مال مباح كالحطب والصّيد فلايملكه إلاّ من يحوزه وحيازة الموات بالإحياء .

ومع هذا فقد وضع بعض الأئمة كالشّافعيّ رحمه اللّه ضوابط للتّفضيل فقال رحمه اللّه فى الأمّ : (إن كانت الأرض يطلب غير واحد عمارتها :

فإن كانت تنسب إلى قوم فطلبها بعضهم وغيرهم : كان أحب إليّ أن يعطيها الإمام من تنسب إليه دون غيرهم ، ولو

أعطاها غيرهم لم أر بذلك بأسا إن كانت غير مملوكة لأحد .

ولو تشاحّوا فيها فضاقت عن أن تسعهم رأيت أن يعطيها من طلبها أوّلا .

فإن شرعوا معا رأيت أن يعطيها أخلقهم لأن يعمرها .

فإن استووا في ذلك رأيت أن يقرع بينهم فأيّهم خرج سهمه أعطاه إيّاها ...) (١) .

---

(١) الأم ٣/٢٦٩ .

المبحث الثّاني

التّزاحم على الأعيان المباحة الموجودة في الأرض

الأعيان المباحة الموجودة في الأرض هي : الماء أو المعدن أو غيرهما من سائر المباحات .

ويتزاحم النّاس على هذه المباحات ويحتاجون إلى معرفة المقدّم منهم وهو ماسأبيّنه في المطالب الآتية :

المطلب الأول : التّزاحم على الماء

قال تعالى : {وَجَعَلْنَا مِنَ ٱلْمَآءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ}(١) .

فلمّا كان الماء سببا لاستمرار الحياة : جعله اللّه تبارك وتعالى مباحا . وقد جاءت الإباحة العامّة في أحاديث منها :

- ماأخرجه أبو داود بسنده إلى أبي خداش عن رجل من المهاجرين من أصحاب النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : غَزَوْتُ مَعَ ٱلنَّبِيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَلاثاً أَسْمَعُهُ يَقُولُ : (ٱلْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ : فِي ٱلْمَاءِ وَٱلْكَلإِ وَٱلنَّارِ)(٢) .

---

(١) سورة الأنبياء : ٣٠

(٢) هذا الحديث أخرجه أبو داود عن أبي خداش ـ بالدال ـ وسماه حبان بن زيد الشرعبي وهو تابعي من الطبقة الثالثة .
انظر : سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب الاجارة باب في منع الماء ٣٦٩/٩ ، تقريب التهذيب ١٤٧/١ .
كما أخرجه الامام أحمد عن أبي خراش ـ بالراء ـ وهو أبو خراش الرعيني مجهول من الطبقة الثالثة .
مسند أحمد ، احاديث رجال من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ٣٦٤/٥ ، تقريب التهذيب ٤١٦/٢ .
وقال عنه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٩٠ : هذا الحديث رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات . اهـ

- وماأخرجه ابن ماجه بسنده إلى أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ثَلَاثٌ لَايُمْنَعْنَ : اَلْمَاءُ وَالْكَلَأُ وَالنَّارُ) (١) .

وهذا يقتضى الإباحة العامّة للماء والكلأ والنّار مالم تكن هذه الأعيان محرزة فإنّها تكون عندئذ مملوكة ، ونقل بعضهم الإجماع على ذلك (٢) .

* فالماء المباح إذاً هو الماء الموجود فى الارض غير المحرز .

وهذا الماء قد يكون عظيماً وقد يكون قليلا .

فأمّا الماء العظيم كماء البحار والأنهار العظيمة كالنّيل والفرات ودجلة : فلاتزاحم فيه ولكلّ إنسان أن يستخدم كلاًّ فيما يستعمل فيه كالوضوء من ماء البحر ، والسّقي من مياه الأنهار (٣) .

---

(١) هذا الحديث اخرجه ابن ماجه واسناده صحيح ورجاله موثقون .
انظر : سنن ابن ماجة مع التعليق عليها ، كتاب الرهون باب المسلمون شركاء فى ثلاث ٨٢٦/٢ ، نيل الأوطار ٤٩/٦
ومعنى الفاظ الحديث :
الكلأ : النبات الذى ينبت بنفسه من غير ان ينبته احد سواء أكان رطبا أم يابسا .
وأما النار : فقد اختلف فى المراد بها :
فقيل : المراد بها الشجر الذى يحطبه الناس .
وقيل : المراد بها الاستصباح منها والاستضاءة بضوئها - وهو قول الحنفية - .
وقيل : المراد بها الحجارة التى تورى النار اذا كانت فى موات الأرض .
انظر : نيل الأوطار ٤٩/٦ ، تبيين الحقائق ٣٩/٦ .

(٢) انظر : نيل الأوطار ٤٩/٦ ، شرح النووى على صحيح مسلم ٢٢٩/١٠ .

(٣) انظر : ف : البدائع ١٩٢/٦ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٩/١٠ .
م : حاشية الصاوى ٩٥/٤ .
ش : روضة الطالبين ٣٠٤/٥ ، المهذب ٤٣٥/١ .
ل : كشاف القناع ١٩٩/٤ ، المغنى ٥٨٣/٥ ، الكافى ٤٤٦/٢ .

وشرط لجواز الانتفاع به : أن لايضرّ الانتفاع بالعامّة فإن كان يضرّ بهم كتخريب إحدى ضفتي النّهر : فلايجوز ذلك (١) .

فعلى هذا : كلّ من سبق إلى شيء من هذا الماء المباح فهو أحقّ به لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) (٢) .

وأمّا إذا لم يكن الماء عظيما بل كان قليلا يضيق عمّن حوله بحيث يزدحمون فيه ويتشاحّون في مائه كماء النّهر الصغير : فإنّه يثبت في هذا الماء حقّ الشّفة وهو حقّ الشّرب لبني آدم والبهائم (٣) .

وإن ضاق هذا الماء وحضر اثنان : قدّم السّابق بقدر كفايته إلّا أن يكون مستقيا لدوابّه والمسبوق عطشان فيقدّم المسبوق .

وإن حضرا معا : قدّم العطشان لحرمة الرّوح .

فإن استويا في العطش أو في غيره : أقرع بينهما فتجري القرعة الخاصّة بالآدميين أوّلاً .

فإذا أريد سقي الدوابّ : أجريت قرعة أخرى ولاتحمل على القرعة الأولى لأنّهما جنسان (٤) .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣٩/٦ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، المغني لابن قدامة ٥٨٣/٥ .

(٢) انظر : الكافي لابن قدامة ٤٤٦/٢ ، المهذب ٤٣٥/١ . والحديث سبق تخريجه ص ٥٠٧ .

(٣) حتى الشرب لبني آدم : يشمل كافة احتياجهم من دفع العطش أو الطبخ أو الوضوء أو الغسل أو غسل الثياب ونحوها .
انظر : الهداية بشرح نتائج الأفكار ٧٩/١٠ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ .

(٤) انظر : مغني المحتاج ٣٧٣/٢ ، روضة الطالبين ٣٠٤/٥ ، أسنى المطالب ٤٥٤/٢ .

وإن اراد قوم سقي زرعهم من هذا الماء : سقى الأوّل فالأوّل .

واختلف الفقهاء فى هذا الأوّل المقدّم على الآخرين :

فقال الجمهور : إنّه السّابق فى الإحياء فيسقى أوّلا ويحبس حتّى يبلغ الكعب ثم يرسل إلى الذّى يليه فيصنع كذلك . وهكذا إلى ان تنتهي الأرض كلّها (١) .

وقال ابن حزم : إنّه الأعلى فيسقى الأعلى فالأعلى سواء أكان الأعلى أحدث ملكا أو إحياء من الأسفل أم مساويا له أم أقدم منه (٢) .

فإن لم يفضل عن السّابق أو الأعلى شيء أو عن الذّى يليه فلاشيء للباقين لأنّه ليس لهم إلّا مافضل فهم كالعصبة مع أصحاب الفروض فى الميراث (٣) .

<u>والأصل فى هذه المسألة</u> :

ـ ماأخرجه البخاريّ بسنده إلى ابن شهاب الزّهرى عن عروة بن الزّبير انّه حدثه : أَنَّ رَجُلاً مِنَ ٱلأَنْصَارِ خَاصَمَ ٱلزُّبَيْرَ فِي شِرَاجٍ مِنَ ٱلْحَرَّةِ لِيَسْقِيَ بِهِ ٱلنَّخْلَ فَقَالَ رَسُولُ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ٱسْقِ يَازُبَيْرُ ـ فَأَمَرَهُ بِالْمَعْرُوفِ ـ ثُمَّ أَرْسِلْهُ إِلَى جَارِكَ فَقَالَ ٱلأَنْصَارِيُّ : أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رَسُولِ ٱللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ قَالَ : ٱسْقِ ثُمَّ ٱحْبِسْ حَتَّى يَرْجِعَ ٱلْمَاءُ إِلَى ٱلْجَدْرِ ، وَٱسْتَوْعَى لَهُ حَقَّهُ . فَقَالَ ٱلزُّبَيْرُ : وَاللَّهِ إِنَّ هٰذِهِ

---

(١) انظر : م : المنتقى ٣٣/٥ ، الشرح الكبير ٧٤/٤ .
ش : حاشية البجيرمى على المنهاج ١٩٩/٣ ، أسنى المطالب ٤٥٤/٢ .
ل : المغنى ٥٨١/٥،٥٨٥ ، كشاف القناع ١٩٨/٤ ، شرح منتهى الارادات ٤٦٧/٢ .

(٢) انظر : المحلى ٢٣٩/٨ .

(٣) انظر المراجع السابقة فى (١)،(٢) .

الآيــةَ أُنْـزِلَتْ فِـي ذَلِكَ : {فَلَا وَرَبِّكَ لَايُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ}(١) .

فَقَـالَ ٱبْنُ شِهَابٍ : فَقَدَّرَتِ ٱلْأَنْصَارُ وَٱلنَّاسُ قَوْلَ ٱلنَّبِيِّ صَلَّى ٱللَّـهُ عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ (ٱسْقِ ثُمَّ ٱحْبِسْ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى ٱلْجَدْرِ) وَكَانَ ذَلِكَ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ(٢) .

ـ وماأخرجـه ابن ماجة بسنده إلى عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ رَسُولَ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِي شِرْبِ ٱلنَّخْلِ مِنَ ٱلسَّيْلِ أَنَّ ٱلْأَعْـلَى فَٱلْأَعْلَى يَشْرَبُ قَبْلَ ٱلْأَسْفَلِ وَيَتْرُكَ ٱلْمَاءَ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ ثُـمَّ يُرْسِلِ ٱلْمَـاءَ إِلَـى ٱلْأَسْفَلِ ٱلَّذِي يَلِيهِ ، وَكَذلِكَ حَتَّى تَنْقَضِيَ

---

(١) سورة النساء : ٦٥

(٢) هذا الحديث مرسل أخرجه البخارى كما أخرجه موصولا بلفظ يقرب من هذا ، وأخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجة .
انظر : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب المساقاة ، باب سكر الأنهار ومابعده ٣٤/٥-٣٩ .
وفى كتاب الصلح ، باب اذا أشار الامام بالصلح فأبى حكم عليه بالحكم البين ٣٠٩/٥ .
سنن أبى داود مع معالم السنن ، كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء ٥١/٤، ٥٢ .
سنن النسائى ، كتاب آداب القضاة ، الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ٢٣٨/٤ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الرهون ، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ٨٢٩/٢ .
واليك بيان الألفاظ الغريبة فى الحديث :
شراج الحرة : الشراج جمع شرج والمراد بها هنا مسيل الماء وانما أضيفت الى الحرة لكونها فيها ، والحرة موضع معروف بالمدينة وهو أرض ملتبسة بحجارة سود .
فأمره بالمعروف :جملة معترضةمن كلام الراوى ، وضبطه الكرمانى : فأمره ـ بكسر الميم وتشديد الراء ـ على انه فعل أمر من الامرار .
الجدر ـ بفتح الجيم وسكون الدال ـ : والمراد به الحواجز التى تحبس الماء ويروى الجدر بضم الدال وهو جمع جدار .
استوعى له حقه : استوفى له وكان قبل ذلك أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللأنصارى .
انظر : فتح البارى ٣٦/٥-٣٨ .

ٱلْحَوائِطُ أَوْ يَفْنَى ٱلْمَاءُ (١) .

وواضح أنّ ابن حزم رحمه اللّه تمسّك بظاهر قضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم للأعلى فالأعلى . ولكنّ الجمهور قالوا : يسقى الأول إحياء لأنّه أقدمهم ملكا . ولأنّ من ملك أرضا ملكها بحقوقها ومرافقها ولايملك غيره إبطال حقوقها فإذا تقدّم الأعلى في الشّرب قد ينقطع الماء عنده ولايكون الأوّل إحياء قد سقى فيبطل حقّه بذلك (٢) .

وأمّا قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (الأعلى فالأعلى) فقد جرى على الغالب لأنّ من يحيي أرضا يحرص على قربهامن الماء ماأمكن لما فيه من سهولة السّقي وخفة المؤنة وقرب عروق الغراس من الماء (٣) .

واختلف الفقهاء في قدر مايحبس من الماء في الأرض :

- فقال الجمهور : يحبس الماء حتّى يبلغ إلى الكعبين للأحاديث السّابقة ثمّ يرسل إلى الذّي يليه (٤) .

---

(١) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة وفي اسناده اسحاق بن يحيى قال ابن عدي : يروي عن عبادة ولم يدركه .
ومعنى هذا أن الحديث مرسل والمرسل حجة عند الجمهور .
كما أخرج مالك في الموطأ وأبو داود في السنن أحاديث فيها هذا الترتيب (الأعلى فالأعلى) .
انظر : سنن ابن ماجة مع التعليق عليها ، كتاب الرهون باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ٢/٨٣٠ .
وموطأ مالك بشرح المنتقى ، في الأقضية ، القضاء في المياه ٦/٣٤ .
وسنن أبي داود مع معالم السنن ، كتاب القضاء ، أبواب من القضاء ٤/٥٣ .

(٢) انظر : المنتقى للباجي ٦/٣٣ ، المهذب ١/٤٣٥ ، كشاف القناع ٤/١٩٩ ، المغني ٥/٥٨٥ ، الكافي لابن قدامة ٢/٤٤٦ .

(٣) انظر :أسنى المطالب ٢/٤٥٤ ، شرح منهج الطلاب ٣/١٩٩ .

(٤) انظر : م : حاشية الصاوي ٤/٩٥ ، الشرح الكبير ٤/٧٤ ، المنتقى ٦/٣٣ .
ش : مغني المحتاج ٢/٣٧٣ ، شرح منهج الطلاب ٣/١٩٩ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٥ .
ل : كشاف القناع ٤/١٩٨ ، المغني ٥/٥٨٣ ، الكافي لابن قدامة ٢/٤٤٦ .

- وقال الماوردي من الشّافعيّة[(١)] : ليس التّقدير بالكعبين فى كلّ الأزمان والبلدان لأنّه مقدّر بالحاجة والحاجة تختلف[(٢)] .

وأيّد ذلك السّبكي[(٣)] ، ونقل ابن حجر مايقرب منه عن الطبرى[(٤)] .

وقد بيّن الماوردي الأوجه الّتى قد يختلف بها التّقدير وهى :

الأوّل : أنّه يختلف باختلاف الأرضين ، فمنها مايرتوى باليسير ومنها مالايرتوى إلاّ بالكثير .

والثّاني : أنّه يختلف باختلاف مافى الأرضين ، فإنّ للزرع من الشّرب قدرا وللنّخل والأشجار قدرا .

والثّالث : أنّه يختلف باختلاف الصّيف والشّتاء فإنّ لكلّ واحد من الوقتين قدرا .

والرّابع : أنّه يختلف باختلافها فى وقت الزّرع وقبله فإنّ لكلّ واحد من الوقتين قدرا .

---

(١) الماوردى هو : أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى . قاضى القضاة فى عصره . له مصنفات كثيرة منها : الحاوى ، والنكت ، والأحكام السلطانية ، توفى سنة ٤٥٠هـ وهو ابن ست وثمانين سنة انظر : طبقات الشافعية للحسينى ص ٢٣٠ ، سير أعلام النبلاء ٦٤/١٨ ، وفيات الأعيان ٢٨٢/٣ ، الاعلام ٣٢٧/٤ .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٥٦ بتصرف ، روضة الطالبين ٣٠٥/٥ .

(٣) انظر : مغنى المحتاج ٣٧٣/٢ .

(٤) انظر : فتح البارى ٤٠/٥ .

الطبرى : هو محمد بن جرير بن يزيد الطبرى أبو جعفر المؤرخ ، المفسر ، الامام ، كان مجتهدا لايقلد أحدا . ولد بآمل طبرستان سنة ٢٢٤هـ واستوطن بغداد وتوفى بها سنة ٣١٠هـ . له مصنفات منها : أخبار الرسل والملوك يعرف بتاريخ الطبرى ، وجامع البيان فى تفسير القرآن يعرف بتفسير الطبرى .

انظر : الأعلام ٦٩/٦ ، شذرات الذهب ٢٦٠/٢ .

والخامس : أنّه يختلف باختلاف حال الماء في بقائه وانقطاعه فإنّ المنقطع يؤخذ منه مايدّخر والدّائم يؤخذ منه مايستعمل (١) .

فلاختلاف التّقدير من هذه الأوجه لم يكن محدّدا بالكعبين بل كان معتبرا بالعرف عند الحاجة إليه ويكون قضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم واقعة عين معلّلة بالحاجة وفي الحديث مايشير إلى جواز التّقدير بالكعبين والنّقص عنهما . واللّه أعلم .

هذا كلام الفقهاء في الماء المباح .

وأمّا الماء الجاري في الأرض المملوكة أو المستنبط في الأرض الموات كماء الآبار والقنوات : فقد اختلف الفقهاء في إباحته وعدمها على قولين :

الأوّل : أنّه ملحق بالماء المباح ولكن صاحبه مقدّم في أخذ حاجته من هذا الماء ومافضل يلزمه بذله .

وهو قول الحنفيّة ، والأصحّ عند الشّافعيّة ، ورواية عند الحنابلة وهو قول ابن حزم الظّاهري (٢) .

واستدلّوا على ذلك بما يأتي :

الأوّل : حديث (ٱلْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي ٱلْمَاءِ وَٱلْكَلَإِ وَٱلنَّارِ) (٣) .

---

(١) انظر : الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٥٦ .
(٢) انظر : ف : البدائع ٦/١٨٩ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ١٠/٨٠ .
ش : مغني المحتاج ٢/٣٧٥ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٧ .
ل : الكافي ٢/٤٤٥ ، كشاف القناع ٤/١٨٩ ، المبدع ٥/٢٥٣ .
ظ : المحلى ٨/٢٤٢ .
(٣) انظر : البدائع ٦/١٨٩ ، مغني المحتاج ٢/٣٧٥ ، كشاف القناع ٤/١٨٩ .
والحديث سبق تخريجه ص ٥١٩ .

فإذا لم يحرز الماء بقي على أصل الإباحة الثابتة بالشّرع (١) .

والثّاني : الأحاديث الواردة في النّهي عن منع فضل الماء وبيعه ومنها :

- ما أخرجه البخاريّ بسنده إلى أبي هريرة رضي اللّه عنه عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : "ثَلَاثَةٌ لَايُكَلِّمُهُمُ اَللَّهُ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ وَلَايَنْظُرُ إِلَيْهِمْ - ومنهم -.. رَجُلٌ مَنَعَ فَضْلَ مَائِهِ فَيَقُولُ ٱللَّهُ ٱلْيَوْمَ أَمْنَعُكَ فَضْلِي كَمَا مَنَعْتَ فَضْلَ مَالَمْ تَعْمَلْ يَدَاكَ) (٢) .

- وماأخرجه مسلم بسنده إلى جابر بن عبد اللّه رضي اللّه عنه قال : (نَهَىٰ رَسُولُ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ ٱلْمَاءِ) (٣) .

فما سبق يدلّ على النّهي عن منع فضل الماء وتحريم بيعه والظّاهر أنّه لافرق بين الماء الكائن في أرض مباحة أو في أرض مملوكة ، وسواء كان للشّرب أم لغيره ، وسواء أكان لحاجة الماشية أم الزّرع (٤) .

إلاّ أنّ للقائلين بهذا القول تفصيلاً في ذلك :

- فقد اتفقوا على وجوب بذله لسقي النّاس لأنّ في ذلك ضرورة إذ لايمكن الإنسان استصحاب الماء إلى كلّ مكان وهو

---

(١) انظر : البدائع ١٨٩/٦ .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٥٨٩/٥ .
والحديث في : صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب المساقاة ، باب من رأى أن صاحب الحوض أو القربة أحق بمائه ٤٣/٥ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٣٧٥/٢ .
والحديث في : صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب المساقاة والزروع ، تحريم بيع فضل الماء ٢٢٨/١٠ .

(٤) انظر : عون المعبود ٣٧١/٩ ، تحفة الأحوذي ٤٩١/٤ .

محتاج إليه فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم (١) .

- كما اتفقوا على وجوب بذله لماشية الغير بشروط مجملها ثلاثة شروط :

الأوّل : أن يكون الماء فاضلاً عن شرب الآدميين .

والثّاني : ألاّ يوجد ماء مباح غيره .

والثّالث : ألاّ يفضى شرب الماشية إلى التّخريب (٢) .

- واستثنوا من ذلك صاحب الأرض المملوكة المحوط عليها فله أن يمنع من الدّخول فى أرضه وعليه أن يبذل فضل مائه لمن لايجد غيره إمّا بأن يخرجه له ، وإما بأن يتركه يدخل لأخذ حاجته بشرط ألاّ يتسبّب فى ضرر صاحب الأرض (٣) .

وقال الحنفيّة : إذا لم يبذل صاحب الأرض هنا الماء للمضطر فللأخير أن يقاتله بالسّلاح لأنّه قصد إتلافه بمنع حقّه وهو الشّفة فيقاتله ليأخذ مايندفع به الهلاك عنه (٤) .

لما روي عن عمر رضى اللّه عنه فى القوم السّفر الذّين وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلّوهم عليها ، فقالوا إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع من العطش فدلّونا على البئر وأعطونا دلوا نستقى منه فلم

---

(١) انظر : البدائع ١٨٩/٦ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٨٠/١٠ ، تبيين الحقائق ٣٩/٦ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، كشاف القناع ١٩٠/٤ ، المغنى ٥٨٩/٥ .

(٢) انظر : مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، المبسوط ١٦٩/٢٣ ، شرح النووى على مسلم ٢٢٩/١٠ ، روضة الطالبين ٣١٠/٥ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٥٨ ، كشاف القناع ١٨٩/٤ ، المبدع ٢٥٣/٥ .

(٣) انظر : البدائع ١٨٩/٦ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٨٠/١٠ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، المغنى لابن قدامة ٥٨٩/٥ .

(٤) انظر : البدائع ١٨٩/٦ ، الهداية بشرح نتائج الأفكار ٨٠/١٠ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، المغنى لابن قدامة ٥٨٩/٥ .

يفعلوا ، فذكروا ذلك لعمر ، فقال : هلا وضعتم فيهم السّلاح (١) .

هذا وقد اختلف أصحاب القول الأوّل في وجوب بذل فضل الماء لزرع الغير :

- فقال الحنابلة في ظاهر مذهبهم : يلزم بذله مالم يؤذ الباذل أو يتضرّر بذلك أو يوجد ماء مباح غيره .

للأحاديث السّابقة في النّهي عن منع فضل الماء .

- وقال الحنفيّة : لصاحب الماء أن يمنع ذلك . وهو قول للشّافعيّة والحنابلة .

لما في الإطلاق من إبطال حقّه أصلا .

ولأنّ حرمة الزّرع دون حرمة الإنسان (٢) .

القول الثّاني : أنّ الماء الجاري في الأرض المملوكة أو المستنبط في الأرض الموات : مملوك .

فلصاحبه منعه ، وبيعه إلاّ لمضطر إليه ولاثمن معه فيلزم عندئذ بذله له .

وهو قول المالكيّة ، وقول للشّافعيّة والحنابلة .

---

(١) هذا الأثر احتج به الحنفية في كتبهم ، وذكره أبو يوسف في الخراج عنهم ولم يذكر سنده . ولم أجد له تخريجا . وقد وجدت أثرا رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة الى الحسن أن رجلا استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه ، فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر الدية . (ولفظ عبد الرزاق أن امرأة ..) .
انظر : البدائع ١٨٩/٦ ، تبيين الحقائق ٤٠/٦ ، الخراج لأبي يوسف ص ٢٠٩ .
مصنف عبد الرزاق ، باب من قتل في زحام ٥١/١٠ .
مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الديات ، الرجل يستسقى فلايسقى حتى يموت ٤١٢/٩ .
منتقى الأخبار بشرح الموطأ ٢٣٤/٧ .

(٢) انظر : ف : البدائع ١٨٩/٦ ، تبيين الحقائق ٣٩/٦ .
ش : المهذب ٤٣٥/١ ، مغني المحتاج ٣٧٥/٢ .
ل : الكافي لابن قدامة ٤٤٥/٢ ، المبدع ٢٥٣/٥ ، كشاف القناع ١٨٩/٤ .

إلاّ أنّ الشّافعيّة قيّدوه بما إذا كان الماء نابعا فى ملكه لاجاريا .(١)

واستدلّ الشّافعيّة لهذا القول :

بالقياس على الثّمرة واللّبن المتولّد من الملك ، والشّجر النابت فى الملك لأن كلا نماء الملك .(٢)

وهذا القياس فاسد الاعتبار للنّصوص الدّالّة على إباحة الماء والنّهي عن منع فضله . واللّه أعلم .

---

(١) انظر : م : الشرح الكبير ٧٢/٤ ، المنتقى ٣٥،٣٣/٦ .
ش : المهذب ٤٣٥/١ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، روضة الطالبين ٣٠٩/٥ .
ل : الكافى لابن قدامة ٤٤٥/٢ ، المبدع ٢٥٣/٥ .

(٢) انظر : المراجع السابقة للشافعية .

المطلب الثّاني : التّزاحم على المعدن

المعدن : هو ماخلقه اللّه تعالى في الأرض من غير جنسها[(١)] .

وهو قسمان : ظاهر وباطن .

القسم الأوّل : المعدن الظّاهر .

وهو ماكان جوهره بارزاً يخرج بلاحفر ولاعمل وإنّما العمل والسّعي في جمعه[(٢)] .

كالملح والقار والكحل والياقوت والكبريت .

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا المعدن على قولين :

الأوّل : أنّ المعدن الظّاهر في الأرض غير المملوكة : مباح وهو قول الجمهور من الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة[(٣)] .

ومعنى إباحته : أنّ النّاس شركاء فيه كالماء ولهذا لايملك بالإحياء ، ولايجوز للإمام إقطاعه لأحد من النّاس ، ولايجوز لأحد احتجاره دون المسلمين .

واستدلّ الجمهور على ماقالوه :

---

(١) انظر : البدائع ٦٥/٢ ، مجمع الأنهر ٢١٢/١ ، مغني المحتاج ٣٩٤/١ ، المغني لابن قدامة ٢٤/٣ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣٧٢/٢ ، روضة الطالبين ٣٠١/٥ ، شرح منهج الطلاب ١٩٧/٣ .

(٣) انظر : ف : الدر المختار ٢٧٨/٥ ، مجمع الأنهر ٥٦١/٢ .
م : الشرح الكبير ٤٨٦/١ ، شرح الزرقاني على خليل ١٦٩/٢ .
ش : المهذب ٤٣٢/١ ، شرح منهج الطلاب ١٩٧/٣ .
ل : المغني ٥٧١/٥ ، كشاف القناع ١٨٨/٤ .
ظ : المحلى ٢٣٣/٨ .

(أ) بما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه بسندهم إلى أبيض بن حمال[1] : (أنّه وَفَدَ إِلَى رَسُولِ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَٱسْتَقْطَعَهُ ٱلْمِلْحَ) .

قال ابن المتوكل[2] : الذي بمأرب فَقَطَعَهُ لَهُ ، فَلَمَّا أَنْ وَلَّى قَالَ رَجُلٌ مِنَ ٱلْمَجْلِسِ : أَتَدْرِي مَاقَطَعْتَ لَهُ إِنَّمَا قَطَعْتَ لَهُ ٱلْمَاءَ ٱلْعِدَّ . قَالَ : فَٱنْتَزَعَ مِنْهُ[3] .

وفي لفظ ابن ماجة (هُوَ مِثْلُ ٱلْمَاءِ ٱلْعِدِّ مَنْ وَرَدَهُ أَخَذَهُ[4]) .

فهذا يدلّ على إباحة الملح .

وسائر المعادن الظاهرة تأخذ حكمه قياسا عليه .

(ب) وبقياس المعادن الظّاهرة على موارد المياه وطرقات المسلمين فلايجوز تملّك كلّ بالإحياء وما إليه لما في ذلك من الضّرر بالمسلمين والتّضييق عليهم لتعلّق

---

(١) هو أبيض بن حمال بن مرثد بن ذي لحاق بن سعد بن عوف ... ابن سبأ الأصغر المأربي السبائي . له صحبة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم .
انظر : تهذيب التهذيب ١٦٥/١ .

(٢) هو محمد بن المتوكل بن عبد الرحمن بن حسان الهاشمي مولاهم أبو عبدالله بن أبي السري الحافظ العسقلاني أخو الحسين بن أبي السري وممن روى عنه أبو داود وقد وثقه ابن معين وابن حبان . مات سنة ٢٣٨هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٣٧٦/٩ .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه واللفظ له ، كما أخرجه الترمذي وقال : حديث غريب ، وابن ماجة .
انظر : سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج والفيء والامارة ، باب في اقطاع الأرضين ٣١٥/٨ .
جامع الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ، أبواب الأحكام ، ماجاء في القطائع ٦٣٤/٤ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الرهون ، باب في اقطاع الأنهار والعيون ٨٢٧/٢ .
ومعنى الماء العد : بكسر العين وتشديد الدال المهملتين : أي الدائم الذي لاانقطاع لمادته .
انظر : النهاية في غريب الحديث ١٨٩/٣ .

(٤) انظر : ماسبق في تخريج الحديث من سنن ابن ماجة .

مصالحهم العامّة به .[1]

فعلى هذا :

من سبق إلى شيء من المعادن الظّاهرة فهو أحقّ بما ينالـه منها لحديث (مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ) .[2]

وليس له أن يطيل المقام فيه لأنّه يصير كالمتحجّر .

وهذا في الرّاجح من قولي الشّافعيّة والحنابلة .[3]

فإن سبق اثنان وضاق المكان وتشاحّا : فللشّافعيّة والحنابلة ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ينصب الإمام من يقسم الحاصل بينهما .

والثّاني : أن يجتهد الإمام ويقدّم من يراه أحوج .

والثّالث : أن يقرع بينهما لأنّه لامزية لأحدهما على الآخر وهو الظّاهر عند الحنابلة .[4]

وأرى أنّ القول الأوّل من هذه الأقوال الثّلاثة : هو محض العدالة وإلاّ فالرّحمة تقتضي تقديم الأحوج ، وأمّا القول الأخير ففيه حرمان لأحدهما مع وجود السّبق منهما وهو السّبب في التّقديم . والله أعلم .

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٥/٥٧١ ، المبدع ٥/٢٥١ ، كشاف القناع ٤/١٨٨ .

(٢) سبق تخريجه ص ٥٠٧ .

(٣) ولهم قول آخر وهو أن السابق لايمنع من اطالة المقام على المعدن الظاهر لسبقه .
وهو مرجوح لما فيه من منع الناس من حق مشترك لهم .
انظر : ش : المهذب ١/٤٣٢ .
ل : الكافي لابن قدامة ٢/٤٤١ ، المبدع ٥/٢٦١ .

(٤) انظر : ش : المهذب ١/٤٣٢ ، مغني المحتاج ٢/٣٧٢ .
ل : الفروع ٤/٥٦٢ ، كشاف القناع ٤/١٩٦ ، المبدع ٥/٢٦١ .

والقول الثّاني في حكم المعدن الظّاهر : أنّ أمره للإمام وهو قول المالكيّة فقد جعلوا أمر المعادن بما فيها الظّاهرة إلى الإمام ولو وجدت بأرض شخص معيّن في المعتمد عندهم .

وينظر فيها الإمام بالأصلح جباية وإقطاعا (١) .

وبيّن الباجي معنى إقطاع المعادن بقوله : (هو أن يجعل الإمام الانتفاع بالمعادن لمن شاء مدّة محدودة أو غير محدودة ولايملكه رقبتها) (٢) .

وعلّل المالكيّة ماقالوه بتعليلين :

الأوّل : أنّ المعادن عظيمة القيمة وقد يجدها شرار النّاس فلو لم يكن حكمها للإمام وتركت للنّاس : لتحاسدوا ولتقاتلوا عليها ولسفك بعضهم دماء بعض ، ومايترتّب على ذلك من إثارة الفتن بين النّاس (٣) .

والثّاني : أنّ المعادن الموجودة بأرض غير مملوكة تكون لجماعة المسلمين فللإمام حبسها لمنافعهم ، ولايبيعها ولايملكها بعضهم وإنّما يقطعها لمن شاء انتفاعا فيما يرى أنّه الأصلح للمسلمين (٤) .

وأمّا المعادن في أرض مملوكة : فإنّها مودعة في الأرض وهي أقدم من ملك المالكين لها فلم تكن ملكا لهم بملك الأرض وكانت بمنزلة مالم يوجف عليه بخيل ولاركاب (٥) .

---

(١) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١/٤٨٦،٤٨٧ ، شرح الزرقاني على خليل ٢/١٦٩ ، مواهب الجليل ٢/٣٣٤ ، منح الجليل ١/٣٦٧ .
(٢) انظر : المنتقى ٢/١٠١ .
(٣) انظر : حاشية الدسوقي ١/٤٨٧ ، حاشية الصاوي ١/٦٥١ ، منح الجليل ١/٣٦٧ .
(٤) انظر : المنتقى ٢/١٠١ .
(٥) انظر : نفس المرجع السابق ، التاج والاكليل ٢/٣٣٤ .

هذا وقد بيّن المالكيّة الطّرق الّتى يجوز للإمام أن يسلكها فى إقطاع المعدن وهى :

الأوّل : أن يدفع المعدن لمن يعمل فيه بأجرة معلومة تؤخذ منه وتوضع فى بيت المال وتكون نظير مايأخذه العامل من المعدن المستخرج .

والسّبب فى تسميتهم العوض المدفوع أجرة لاثمنا : لأنّه ليس فى مقابلة ذات بل فى مقابلة إسقاط استحقاق المعدن .(١)

وقريب من هذا الطّريق : كراء الأرض للحرث .(٢)

واشترطوا فى ذلك :

- أن يكون العمل مضبوطا بزمن أو عمل خاص كحفر قامة أو قامتين نفيا للجهالة فى الإجارة .

- وأن تكون المعاملة خالية عن الرّبا أو غيره من البيوع المحرّمة فلابد أن تكون الأجرة غير نقد إذا كان المعدن المستخرج عينا (أى ذهبا أو فضة) .

وإذا لم يكن المعدن المستخرج ذهبا أو فضة فينبغى أن تكون أجرته من غير جنس المعدن المستخرج وإلّا منع للمزابنة وهى : بيع معلوم بمجهول من جنسه .(٣)

والثّاني : أن يدفع الإمام المعدن لمن يخرجه بأجرة معلومة ويكون المعدن لبيت المال .

فهذه إجارة على المنافع وهى جائزة ولو كانت الأجرة نقدا .(٤)

---

(١) انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٤٨٨/١ ، مواهب الجليل ٣٣٨/٢ .
(٢) انظر : المرجع السابق مع التاج والاكليل ٣٣٨/٢ .
(٣) انظر : حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٤٨٩/١ .
(٤) انظر : الشرح الكبير ٤٨٩/١ .

والثّالث : ان يدفع الإمام المعدن لمن يعمل فيه بجزء منه .

لانّ المعادن لمّا لم يجز بيعها : جازت المعاملة فيها على الجزء منها كالمساقاة (١) والقراض (٢) .

وهذا قول للمالكيّة ، ولهم قول آخر يمنع ذلك لانّه غرر (٣)

والرّابع : أن يعطى الإمام المعدن لمن شاء انتفاعا من غير مقابل لمصلحة (٤) .

القسم الثّانى : المعدن الباطن .

وهو مالايتوصّل إليه إلاّ بالعمل والمونة كالذّهب والفضّة (٥) .

وقد اختلف الفقهاء فى حكمه على قولين :

الأوّل : أنّ أمره للإمام .

وهو قول المالكيّة ويقال فيه كل ماقيل فى المعدن الظّاهر (٦) .

---

(١) هى عقد من رب الحائط أو الزرع مع غيره على القيام بمؤونة الشجر أو النبات بجزء شائع من غلته ، والأصل فيها معاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر فقد أخرج البخارى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مايخرج منها .
انظر : الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ٧١١/٣ .
صحيح البخارى بشرح فتح البارى ، كتاب الحرث والمزارعة ، باب المزارعة مع اليهود ١٥/٥ .

(٢) هو دفع مالك مالا معلوما لمن يتجر به بجزء شائع معلوم من ربحه قل او كثر ويسمى مضاربة عند أهل العراق .
انظر : الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ٦٨١/٣ .

(٣) انظر : الشرح الكبير ٤٨٩/١ ، التاج والاكليل ٣٣٨/٢ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقى ٤٨٧/١ .

(٥) انظر : المهذب ٤٣٢/١ ، روضة الطالبين ٣٠٢/٥ ، المغنى ٥٧٢/٥ ، المبدع ٢٥٢/٥ .

(٦) انظر ماسبق عنهم فى المعدن الظاهر ص ٥٣٤ .

والثّاني : انّه تابع للأرض وهو قول جمهور الفقهاء .

فمن ملك أرضا ثم وجد فيها معدنا باطنا : فهو له لأنّه من أجزاء الأرض – وعلى واجده الخمس أو الزّكاة على خلاف بين الفقهاء في ذلك –(1) .

وسواء في ذلك ما إذا ملك الإنسان الأرض بالإحياء ثمّ وجد فيها المعدن أم ملكها بغيره من أسباب الملك الأخرى(2) .

واستثنى الحنابلة في الظّاهر من مذهبهم : ما إذا كان المعدن الباطن جاريا كالنّفط والقار فإنّه لايملك تبعا للأرض بل يقال فيه كلّ ماقيل في الماء الجارى ومياه الآبار .

لأنّه في معناه فيأخذ مالك الأرض قدر حاجته ويبذل الباقى لمن يحتاجه كما سبق توضيح ذلك في الماء الجارى(3) .

وأمّا إذا قصد المعدن الباطن بالأخذ منفردا : فإنّ قاصده لايملك رقبة المعدن بذلك وإنّما يملك مايأخذه منه ، وليس له أن يطيل المقام عليه حتّى لايصير كالمتملّك له .

وهذا في احد القولين عند الشّافعيّة والحنابلة .

لأنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم علّق الملك في الموات على الإحياء وهو العمارة الّتي يتهيّأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار ، والعمل في المعدن حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع فلايملك به .

---

(1) انظر : ف : المبسوط ٢/٢١١ ، فتح القدير ٢/٢٣٣ .
ش : مغني المحتاج ١/٣٩٤ .
ل : كشاف القناع ٢/٢٢٢ .

(2) انظر : ف : نفس المراجع السابقة لهم .
ش : مغني المحتاج ٢/٣٧٣ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٣ .
ل : المغني ٥/٥٧٣ ، كشاف القناع ٤/١٨٩ .

(3) انظر : المغني لابن قدامة ٥/٥٧٣ ، كشاف القناع ٤/١٨٩
شرح منتهى الارادات ٢/٤٦١ .
وسبق الكلام في الماء الجارى في المطلب السابق ص ٥٢٩.

والقول الآخر لهم : أنّ المعدن يملك بالحفر والعمل .

لأنّه موات لاينتفع به إلاّ بالعمل والمؤنة فملك بالإحياء كالأرض (١) .

وأمّا إذا أقطع الإمام المعدن الباطن : فإنّ المقطع له لايملك رقبة المعدن بذلك في أحد قولي الشّافعيّة والحنابلة بل له الانتفاع بالمعدن مدّة مقامه عليه وليس لأحد أن ينازعه فيه ماأقام على العمل ، فإذا تركه زال حكم الاقطاع عنه وعاد إلى حال الإباحة (٢) .

واشترطوا في الإقطاع : أن لايقطع الإمام إلاّ قدرا يتأتى للمقطع له العمل فيه والأخذ منه (٣) .

والدّليل على جواز إقطاع المعادن الباطنة :

ماأخرجه ابو داود بسنده إلى ابن عبّاس رضي اللّه عنهما (أَنَّ ٱلنَّبِيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ ٱلْحَارِثِ ٱلْمُزَنِيِّ مَعَادِنَ ٱلْقَبَلِيَّةِ جَلْسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا (٤)) .

---

(١) انظر : ش : المهذب ٤٣٢/١ ، روضة الطالبين ٣٠٢/٥ .
ل : المغني ٥٧٥،٥٧٢/٥ ، المبدع ٢٥٢/٥ ، شرح المنتهى ٤٦١/٢ .
هذا وعلى واجد المعدن الخمس او الزكاة على خلاف بين الفقهاء كما سبقت الاشارة الى ذلك .

(٢) انظر : ش : الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧١ ، مغني المحتاج ٣٧٣/٢ .
ل : المغني ٥٨٠/٥ ، المبدع ٢٥٢/٥ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٣٠٢/٥ ، المغني لابن قدامة ٥٨٠/٥ .

(٤) هذا الحديث اخرجه أبو داود موصولا وسكت عليه .
كما أخرجه هو ومالك مرسلا بلفظ يقرب من هذا .
انظر : سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب الخراج باب في اقطاع الأرضين ٣١٣،٣١١/٨ .
الموطأ بشرح الزرقاني ، كتاب الزكاة ، الزكاة في المعدن ١٠٠/٢ .
ومعاني ألفاظ الحديث هي :
معادن القبلية : منسوبة الى قبل بفتح القاف والباء وهي ناحية من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام . =

والّذى يظهر من هذا القول للشّافعيّة والحنابلة من أنّ إقطاع المعادن الباطنة إقطاع إرفاق وانتفاع موافقته لما سبق عند المالكيّة إلاّ أنّه ينتهى بترك المقطع له المكان عند الشّافعيّة والحنابلة ، وبانتهاء المدّة الّتى حددها الإمام عند المالكيّة .

وأنّه يجوز للإمام أن يأخذ عليه أجرة لبيت المال عند المالكيّة .

والخلاصة من هذا المطلب :

أنّه باستثناء قول المالكيّة فى المعادن يظهر أنّ المباح منها هو :

- المعادن الظّاهرة .
- والمعادن الباطنة فى الأرض غير المملوكة وذلك فيما ظهر لى ترجيحه من أقوال الفقهاء .

وأرى أنّ الأخذ بقول المالكيّة فى المعادن فيه الحفاظ على دماء المسلمين وأموالهم مما يورثه حبّ الاستئثار بكلّ ماهو ثمين فى النّفوس من الحقد والتّقاتل على ذلك ، الأمر الّذى يجدر بالمسلمين الابتعاد عنه وترك تنظيمه للدّولة . والله أعلم .

= جلسيها : بفتح الجيم وسكون نسبة الى جلس بمعنى المرتفع .
غوريها : بفتح الغين وسكون الواو نسبة الى غور بمعنى المنخفض .
والمراد أعطاه ما ارتفع منها وما انخفض .
انظر : عون المعبود ٣١٣،٣١١/٨ ، النهاية لابن الأثير ١٠/٤ .

الرّكاز :

بقي أن أذكر في مسألة المعادن المباحة : الرّكاز .

وهو : ماكان من دِفن الجاهلية (١) .

فمتى وجد في أرض غير مملوكة فهو لواجده .

وأمّا إذا وجد في أرض مملوكة : فقد اختلف فيه الفقهاء

فألحقه أبو يوسف رحمه اللّه والحنابلة في رواية عندهم : بالمباحات فمن سبقت يده إليه فهو أحقّ به (٢) .

وقال الجمهور : هو لمالك الأرض إن ملكها بإحياء .

وإن لم تملك بالإحياء فلأقصى مالك يعرف لها في الإسلام عند الحنفيّة ، وللمالك الّذي قبل المالك الأخير إن ادعاه وإلّا فلمن ملك منه وهكذا حتّى تنتهي إلى المحيي في قول الشّافعيّة وهو قول للحنابلة ، وللبائع إن ملكت بالشّراء عند المالكيّة (٣) .

---

(١) هذا معنى الركاز عند جمهور الفقهاء . ووسع الحنفية مسمى الركاز لما يكون تحت الأرض خلقة أو من دفن العباد .
انظر : تبيين الحقائق ٢٨٧/١ .
وفيه الخمس بحديث الصحيحين (وفي الركاز الخمس) .
انظر : مختصر الخرقي بشرح المغني ١٨/٣ .
والحديث في صحيح البخاري ، كتاب المساقاة ، باب من حفر بئرا في ملكه ولم يضمن ٧٥/٣ .
صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار ١٢٨/٥ .

(٢) انظر : المبسوط ٢١٤/٢ ، تبيين الحقائق ٢٨٧/١ ، المغني لابن قدامة ٢٠/٣ .

(٣) انظر : ف : المراجع السابقة لهم .
م : الشرح الكبير ٤٩٠/١ ، مواهب الجليل ٣٤٠/٢ .
ش : شرح الجلال على المنهاج ٢٦/٢، ٢٧ ، مغني المحتاج ٣٩٩/١ .
ل : شرح متهى الارادات ٤٠٠/١ ، المغني ٢٠/٣ .

وقـد رجّح ابن قدامة رحمه الله القول الأوّل فقال : (إنّ الرّكاز ينزّل منزلة المباحات من الحشيش والحطب والصّيد يجده الإنسان في أرض غيره فيأخذه فيكون احقّ به لكن إن ادعى المالك الّذى انتقل الملك عنه أنّه له فالقول قوله لأنّ يده كانت عليه) .(١)

---

(١) المغني ٣/٢٠ .

المطلب الثّالث : التّزاحم على ماسوى الماء والمعدن من المباحات

والمقصود به التّزاحم على مالم يرد عليه الملك أصلا مما يوجد في الأرض من النّباتات والحيوانات وغيرها سواء أكان ذلك في البرّ أم في البحر .

والمقدّم عند التّزاحم على شيء من هذه المباحات : هو السّابق إليه لحديث (مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ)(١) .

وإن سبق إليه اثنان فأكثر قسم بينهم بالسّوية .

لأنّهم استووا في السّبب والقسمة ممكنة ، وحذراً من تأخير الحقّ إلى مستحقّه(٢) .

مايلحق بالمباحات :

يلحق بالمباحات ماأباحه مالكه صراحة أو دلالة :

أمّا صراحة : فكأن يضع الإنسان شيئاً مما يملكه ويقول : من شاء أخذ .

ومن ذلك : ماأخرجه أبو داود بسنده إلى عَبْدِ اللّهِ بْنِ قُرْطٍ(٣) : (... أَنَّهُ قُرِّبَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَدَنَاتٌ خَمْسٌ أَو سِتٌّ فَطَفِقْنَ يَزْدَلِفْنَ إِلَيْهِ بِأَيَّتِهِنَّ يَبْدَأُ فَلَمَّا وَجَبَتْ

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٠٧ .
(٢) انظر : كشاف القناع ١٩٧/٤ ، المغني ٥٩٧/٥ .
(٣) هو : عبد الله بن قرط الثمالي الأزدي صحابي جليل يقال كان اسمه شيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله وكان أميرا على حمص ، قتل بأرض الروم سنة ٥٦هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٣١٦/٥ .

جُنُوبُهَا . قَالَ : فَتَكَلَّمَ بِكَلِمَةٍ خَفِيَّةٍ لَمْ أَفْهَمْهَا ، فَقُلْتُ : مَاقَالَ ؟ فَأُجِيبَ : مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ) (١) .

وأمّا دلالة : فكمن ينثر نقودا أو حلوى في العرس وهو مايعرف بالنّثار (٢) .

وكمن يضع الماء والثّلج على بابه .

ومن يغرس شجرة في موضع لاملك فيه لأحد ويتركها للنّاس (٣) .

فإنّ تلك الأفعال ومايشابهها تدلّ على إباحة صاحبها لذلك المال .

ويأخذ حكم المباح دلالة : مالاقيمة له إذا غلب على الظنّ أنّ صاحبه قد أعرض عنه .

فيجوز لمن وجده أن يأخذه ويستبدّ به ولكن إذا جاء صاحبه وهو باق عند واجده فعليه ردّه لأنّ من وجد عين ماله عند إنسان فهو له (٤) .

ونقل في ردّ المحتار ضابطاً لذلك وهو :

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه وسكت عليه .
انظر : سنن أبي داود بشرح عون المعبود ، كتاب المناسك ، باب الهدى اذاعطب قبل أن يبلغ ١٨٥/٥ .
وهذا بيان لمعاني ألفاظ الحديث :
بدنات : جمع بدنة وهي الناقة أو البقرة وزاد بعضهم البعير الذكر ، وقال بعض الائمة هي الابل خاصة وسميت بذلك لعظم بدنها .
فطفقن : بكسر الفاء أي شرعن .
يزدلفن : أي يتقربن ويسعين .
فلما وجبت جنوبها : أي زهقت أنفسها فسقطت على جنوبها
من شاء اقتطع : أي أخذ قطعة .
انظر : عون المعبود ١٨٥/٥ ، معالم السنن للخطابي ٣٧٠/٢ .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة ١٢/٧ ، معالم السنن للخطابي ٣٧٠/٢ .

(٣) انظر : رد المحتار ٣٢٤/٣ .

(٤) سبق تناول هذا الموضوع في الفصل الخامس ، المبحث الثالث . انظره ص ٣٧٥

ان يكون الشّيء ممّا يسرع إليه الفساد ويعتاد النّاس رميه (١) .

وألحق الحنابلة بذلك : الدابّة الّتى تركها صاحبها بمهلكة أو بفلاة لعجزه عن علفها أو لعجزها عن المشى ويأسه منها : فمن استنقذها فهي ملكه .

- لما أخرجه أبو داود بسنده إلى الشّعبى مرفوعا إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم أنّه قال : (مَنْ وَجَدَ دَابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا أَنْ يَعْلُفُوهَا فَسَيَّبُوهَا فَأَخَذَهَا فَأَحْيَاهَا فَهِيَ لَهُ) .

قال عبيد اللّه بن حميد بن عبد الرّحمن الحميرى (٢) فقلت للشّعبى : عمن ؟ قال : عن غير واحد من أصحاب النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم (٣) .

- ولأنّ فى إنقاذ الدّابّة إحياء لها من الهلاك وصونا للمال عن الضّياع وحفظاً لحرمة الحيوان (٤) .

---

(١) انظر : رد المحتار ٣٢٣/٣ نقلا عن شرح الوهبانية .
(٢) عبيد الله بن حميد بن عبد الرحمن الحميرى البصرى . قال ابن معين : لاأعرفه ، وذكره ابن حبان فى الثقات . انظر : تهذيب التهذيب ٩/٧ .
(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود فى سننه وسكت عليه ، والدارقطنى فى سننه جاء فى التعليق المغنى : (ان فى اسناده عبيد الله بن حميد وقد وثق وحكى ابن أبى حاتم عن يحيى بن معين أنه سئل عنه فقال : لاأعرفه يعنى لاأعرف تحقيق أمره ، وأما جهالة الصحابة الذين أبهمهم الشعبى فغير قادحة فى الحديث لأن مجهولهم مقبول على ماهو الحق) .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، البيوع ، باب فيمن أحيا حسيرا ٤٣٧/٩ .
سنن الدارقطنى مع التعليق المغنى ، البيوع ٦٨/٣ .
(٤) انظر : كشاف القناع ٢٠١/٤ .

فمعنى ذلك : أنّ الدّابّة المسيّبة من المباحات وتكون لمن استنقذها عند الحنابلة .

كما أنّهم قدّموا حقّ مستنقذ الدّابّة على حقّ مالكها الأصليّ الّذي كانت له .

المبحث الثالث

التزاحم على المنافع العامة

المنافع العامة :

هي مايستفاد من بقاع الارض المحبوسة على الحقوق العامّة للمسلمين بحيث يكون لكل مسلم حقّ فيها [(١)] .

وذلك كمنافع المساجد ومشاهد الحجّ (عرفة ومزدلفة ومنى) والشّوارع والمتنزهات وشواطئ البحار والأنهار والمقابر والرّباطات المسبلة .

فمنفعة المساجد مثلا هي : اتخاذها لطاعة اللّه وعبادته من صلاة واعتكاف وجلوس لتحفيظ القرآن وتعليم الفقه ورواية الحديث [(٢)] .

والنّاس في كلّ ذلك سواء لقوله تعالى في المسجد الحرام {إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً ٱلْعَاكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ ...} [(٣)] .

ومنفعة مشاهد الحج : معلومة وهي إقامة مناسك الحجّ .

ومنفعة الشّوارع الأصليّة : هي المرور فيها لأنّها وضعت لذلك ، ويجوز الانتفاع بها في غير ذلك من استراحة ، ومعاملة ونحوها لاطباق النّاس على ذلك من غير نكير لكن بشرط

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٥/٢٩٤ .
(٢) انظر : نفس المرجع السابق ٥/٢٩٦ ، مغني المحتاج ٢/٣٧٠ ، المغني لابن قدامة ٢/٣٥٠ .
(٣) سورة الحج : ٢٥

ألاّ يضيّق على المارة ولايضرّ بهم لحديث (لَاضَرَرَ وَلَاضِرَارَ)[1] .

وزاد المالكيّة في أفنية الدّور – وهي مافضل عن المارة من طريق واسعة نافذة على جوانبها دور – شروطاً ثلاثة[2] إضافة على عدم الضّرر بالمارّة وهي :

– أن يجلس الإنسان للبيع .

– وأن يكون جلوسا خفيفا .

– وأن تكون الطّريق نافذة[3] .

ومنفعة المتنزّهات وشواطيء البحار والأنهار : هي الجلوس فيها لترويح النّفوس . وفي الحديث (رَوِّحُوا اَلْقُلُوبَ سَاعَةً فَسَاعَةً)[4] .

---

(١) هذا الحديث أخرجه أحمد وابن ماجة والبيهقي والحاكم وصححه والدارقطني .
وأخرجه مالك في الموطأ مرسلا .
وجاء في نيل الأوطار : أنه حديث مشهور .
وجاء في بلوغ الأماني : أن لهذا الحديث عدة طرق يقوى بعضها بعضا .
انظر : مسند أحمد ، مسند ابن عباس ٣١٣/١ ، ومسند عبادة بن الصامت ٣٢٧/٥ .
سنن ابن ماجة ، كتاب الأحكام ، من بنى في حقه مايضر بجاره ٧٨٤/٢ .
سنن البيهقي ، كتاب الصلح ، باب لاضرر ولاضرار ٦٩/٦ .
المستدرك ، البيوع ، النهي عن المحاقلة والمخاضرة ٥٨،٥٧/٢ .
سنن الدارقطني ، كتاب الأقضية ٢٢٨/٤ .
الموطأ ، كتاب الأقضية ، القضاء في المرفق ص ٥٢٩ .
نيل الأوطار ٣٨٥/٥ ، بلوغ الأماني شرح الفتح الرباني ١١٠/١٥ .

(٢) انظر : شرح الزرقاني على خليل ٦٣/٦ .

(٣) انظر : حاشية الصاوي ٤٨٣/٣ ، حاشية الدسوقي ٣٦٨/٣ .

(٤) هذا الحديث رواه الديلمي وأبو نعيم والقضاعي عن أنس رفعه ، وفي رواية "القلب" بالافراد ، ويشهد له مافي مسلم وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم : ياحنظلة ساعة وساعة .
انظر : كشف الخفا ومزيل الالباس ٥٢٤/١ .
صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب التوبة ، فضل دوام الذكر والفكر في أمور الآخرة والمراقبة وجواز ترك ذلك في بعض الأوقات والاشتغال بالدنيا ٦٧،٦٦/١٧ .

ومنفعة المقابر : واضحة وهي الدّفن فيها .

ومنفعة الرّباطات المسبلة : هي الاستفادة من مرافقها ذلك أنّه كانت تبنى البيوت في المدن الإسلاميّة وفي طرق المسافرين وتسبّل منافعها لكلّ وارد عليها وهذا من العادات الإسلامية الرّائعة الّتي كادت تندثر (١) .

تلك هي الأمكنة العامّة ومنافعها الّتي يتزاحم النّاس عليها وهناك طريقان لنيل الإنسان أحقيّة الانتفاع بهذه الأمكنة أو ببعضها وهما :

- السّبق إلى المكان العام .
- والإقطاع .

وسأبيّنهما في المطلبين الآتيين بإذن اللّه .

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٥/٢٩٩ .

المطلب الأوّل : السّبق إلى المكان العام

ونحتاج إلى بيان رأى الفقهاء فى السّبق إلى الأمكنة العامّة وبم يكون ؟ ومدّة المقام فى المكان العام ، وكيف ينتهى هذا الحقّ .

وإليك بيان ذلك :

رأى الفقهاء فى السّبق إلى الأمكنة العامّة :

إنّ من سبق الى مكان عام : استحقّ منفعته بقدر حاجته سواء اكان ذلك المكان مسجدا أم شارعا أم غيرهما من سائر الأمكنة العامّة .

لحديث (مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ)(1) .

(أ) واستثنى الشّافعيّة من ذلك حالتين :

الأولى : ما إذا ألف الإنسان مكانا فى المسجد لمصلحة عامّة فيها قربة كالافتاء وتعليم القرآن أو الحديث أو غيرها من العلوم المتعلّقة بالشّرع .

والثّانية : ما إذا ألف الإنسان مكانا فى الشّارع للمعاملة .

ففي هاتين الحالتين يكون ذلك الإنسان أحقّ بالمكان ولو سبقه إليه غيره مادام قد ترك المكان ليعود إليه ولم تطل مفارقته له ، ويجوز لغيره أن يقعد فيه مدّة غيبته .

---

(1) انظر : م : الشرح الكبير ٣٦٨/٣ ، الشرح الصغير ٤٨٣/٣ شرح الزرقانى على خليل ٦٣/٦ .
ش : روضة الطالبين ٢٩٤/٥ ، مغنى المحتاج ٣٦٩/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٩٥/٣ .
ل : كشاف القناع ١٩٦/٤ ، المبدع ٢٥٩/٥ .
والحديث سبق تخريجه ص ٥٠٧ .

واستدلوا على ذلك :

بما أخرجه مسلم بسنده إلى أبى هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : (إِذَا قَامَ أَحَدُكُم مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) (١) .

وعلّلوا ذلك :

بأنّ الغرض من تعيين الموضع أن يعرف به الإنسان فيأتيه طلابه للعلم إن كان عالما فى المسجد ، أو للمعاملة إن كان بائعا فى الطّريق (٢) .

ولذلك أثبتوا الحقّ فى هاتين الحالتين دون غيرهما : فلا يثبت الحقّ لمن اعتاد الجلوس فى مكان معيّن فى المسجد للصّلاة أو للاعتكاف - إلاّ لمن خرج من المسجد لقضاء حاجة ثمّ يعود فى تلك الصّلاة دون غيرها وسيأتى - وذلك لأنّ لزوم بقعة معيّنة فى المسجد غير مطلوب بل ورد فيه نهي فى الحديث الّذى أخرجه أبو داود والنّسائى وابن ماجة بسندهم إلى عبد الرحمن ابن شبل (٣) قال : (نَهَىٰ رَسُولُ ٱللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ثَلَاثٍ

---

(١) انظر : شرح منهج الطلاب ١٩٥/٣،١٩٦ ، شرح الجلال على المنهاج ٩٣/٣،٩٤ .
والحديث أخرجه مسلم والترمذى وابن ماجة .
انظر : صحيح مسلم بشرح النووى ، كتاب السلام ، باب اذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به ١٦١/١٤ .
جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى ، أبواب الاستئذان والآداب ، ماجاء اذا قام الرجل من مجلسه ثم رجع فهو أحق به ٢٦/٨ .
سنن ابن ماجة ، الأدب ، من قام عن مجلسه فرجع فهو أحق به ١٢٢٤/٢ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣٦٩/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٩٤/٣ .

(٣) هو عبد الرحمن بن شبل بن عمرو بن زيد بن بجدة بن مالك الأنصارى صحابى جليل كان أحد نقباء الأنصار توفى فى امارة معاوية بن أبى سفيان .
انظر : تهذيب التهذيب ١٧٥/٦ .

- ومنها - : أَنْ يُوَطِّنَ الرَّجُلُ الْمَكَانَ فِي الْمَسْجِدِ كَمَا يُوَطِّنُ الْبَعِيرُ (١) .

ولايقال : إنّ ثواب الصّلاة فى الصّفّ الأوّل أفضل من غيره لأنّ الصّفّ الأوّل لاينحصر فى بقعة بعينها .

ولايقال : قد تفوت الإنسان فضيلة القرب من الإمام لأنّ له طريقا إلى تحصيله بالسّبق الّذى طلبه الشّارع (٢) .

- وكذلك لايثبت الحقّ لمن اعتاد الجلوس فى مكان معيّن فى الطّريق لغير البيع لأنّ ذلك لانفع فيه للعامّة إضافة إلى أنّه منهى عنه شرعا في الحديث الّذى أخرجه البخاريّ ومسلم بسندهما إلى أبى سعيد الخدرى رضي اللّه عنه أنّ النّبىّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال : إِيَاكُمْ وَالْجُلوسَ بِالطُّرُقَاتِ . فَقَالُوا : يَارَسُولَ اللَّهِ مَالَنَا مِنْ مَجَالِسِنَا بُدٌّ نَتَحَدَّثُ فِيهَا فَقَالَ : إِذَا أَبَيْتُمْ إِلاّ الْمَجْلِسَ فَأَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهُ . قَالُوا : وَمَاحَقُّ الطَّرِيقِ يَارَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : غَضُّ الْبَصَرِ ، وَكَفُّ الأَذَى ، وَرَدُّ السَّلامِ ، وَالأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ (٣) .

(ب) هذا وقد وافق المالكيّة الشّافعيّة في الحال الأولى دون

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ٣٧٠/٢ ، حاشية البجيرمى ١٩٦/٣ . والحديث أخرجه أبو داود وسكت عليه والنسائى وابن ماجة .
انظر : سنن أبى داود بشرح عون المعبود ، كتاب الصلاة باب صلاة من لايقيم صلبه فى الركوع والسجود ١٠٤/٣ .
سنن النسائى ، كتاب الافتتاح ، باب التطبيق ، النهى عن نقرة الغراب ٢١٤/٢ .
سنن ابن ماجة ، كتاب اقامة الصلاة والسنة فيها ، ماجاء فى توطين المكان فى المسجد يصلى فيه ٤٥٩/١ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣٧٠/٢ .

(٣) انظر : صحيح البخارى ، كتاب الاستئذان ١٢٦/٧ .
صحيح مسلم ، كتاب السلام ، باب من حق الجلوس على الطريق رد السلام ٢/٧ .

الثّانية[1] وإن كان هناك من قال منهم : إنّ الأحقيّة على سبيل الاستحباب لا الوجوب[2] .

وذكر الصّاوى[3] الفرق بين الحالتين : بأنّ المسجد ـ ومافى معناه ـ مباح مرغّب فيه يمدح التّعلّق به ، وفيه يتنافس المتنافسون .. بخلاف السّوق وما إليه فهو وإن كان مباحا للجلوس فإنّما هو عند الضّرورات فلاتتنافس فيه العقلاء ولذلك ورد (أَحَبُّ ٱلْبِلَادِ إِلَى ٱللَّهِ مَسَاجِدُهَا ، وَأَبْغَضُ ٱلْبِلَادِ إِلَى ٱللَّهِ أَسْوَاقُهَا)[4] .

(ج) أمّا الحنابلة : فلم يثبتوا حقّا لمن اعتاد الجلوس فى مكان معيّن فى المسجد ولو كان معلّما بل قالوا : يحرم أن يقيم غيره فيجلس مكانه ولو كان معلما أو مفتيا[5] .

وبالأولى تحريم ذلك لمن اعتاد مكانا فى الطّريق .

واستدلّوا على ذلك :

بما أخرجه مسلم بسنده إلى ابن عمر رضي اللّه عنهما قال (لَايُقِيمُ ٱلرَّجُلُ ٱلرَّجُلَ مِنْ مَقْعَدِهِ ثُمَّ يَجْلِسُ فِيهِ وَلَكِنْ تَفَسَّحُوا

---

(١) انظر : الشرح الكبير ٣٦٩،٣٦٨/٣ ، الشرح الصغير ٤٨٣/٣
(٢) انظر : حاشية الدسوقى ٣٦٨/٣ ، شرح الزرقانى على خليل ٦٣/٦ .
(٣) الصاوى هو : أبو العباس أحمد الصاوى الخلوتى المالكى العلامة المحقق الفهامة المدقق . له حاشية على تفسير الجلالين ، وعلى شرح الخريدة البهية للدردير ، وعلى شرح الدردير لرسالته فى البيان والأسرار الربانية على الصلوات الدرديرية ، وحاشية على شرح الدردير لأقرب المسالك وغير ذلك . توفى بالمدينة سنة ١٢٤١هـ .
انظر : شجرة النور الزكية ص ٣٦٤ .
(٤) انظر : حاشية الصاوى ٤٨٤/٣ بتصرف .
والحديث فى : صحيح مسلم ، كتاب المساجد ، باب فضل الجلوس فى مصلاه بعد الصبح وفضل المساجد ١٣٣،١٣٢/٢ .
(٥) انظر : كشاف القناع ٤٤/٢ ، المغنى ٣٥٠/٢ .

وَتَوسَّعُوا)[1] .

التّرجيح :

وأرى أنّ ماقاله الشّافعيّة هو الرّاجح :

لأنّ فيه حرصا على المصلحة العامّة وتسهيلا للنّاس الّذين ألفوا الالتفاف حول عالم أو بائع فى مكان معيّن .

وما استدلّوا به أولى بالأخذ لأنّ من اعتاد مكانا فى المسجد صار أحقّ به لقوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ)[2] .

وأمّا الحديث الّذى استدلّ به الحنابلة وهو قوله صلّى اللّه عليه وسلّم : (لَايُقِيمُ ٱلرَّجُلُ ٱلرَّجُلَ مِنْ مَقْعَدِهِ ثُمَّ يَجْلِسُ فِيهِ ...)[3] .

فيقال فيه : إنّ من اعتاد مكانا صار مقعدا له وليس لغيره أن يقعد مكانه ويقيمه منه .

كما أنّه مخصّص بالحديث الّذى استدلّ به الشّافعيّة .

واللّه أعلم .

هذا إذا سبق واحد إلى المكان العام .

وأمّا إذا سبق اثنان إليه : فللشّافعيّة والحنابلة قولان فى ذلك :

أحدهما : يقرع بينهما لأنّه لامزية لأحدهما والقرعة مميزة .

---

(١) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى ، كتاب السلام ، باب تحريم اقامة الانسان من موضعه المباح الذى سبق اليه ١٤/١٦٠ .
(٢) سبق تخريجه ص ٥٥٠ .
(٣) سبق تخريجه فى هذه الصفحة ٥٥٣ .

والثّاني : يقدّم الإمام أحدهما كمال بيت المال لأنّه أعلم بالمصلحة في ذلك .(١)

بم يكون السّبق ؟

إنّ السّبق يكون بالأبدان سواء أكان السّابق بنفسه أم بنائبه فمن قدّم صاحبا له فجلس في موضع حتّى إذا جاء قام النّائب وأجلسه : جاز ذلك .

لأنّ النّائب يقوم باختياره ويسقط حقّه في السّبق .(٢)

وقد يكون السّبق بتحجير المكان : ومن ذلك :

- من يفرش مصلّاه في المسجد : فقد اختلف الفقهاء في اعتباره سابقا للمكان بذلك أو لا على قولين للمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة :(٣)

أحدهما : أنّه يكون سابقا إلى المكان كالمتحجّر ولايجوز لغيره أن يرفع ذلك المصلّى لأنّ فيه افتياتا على صاحبه ربما يؤدّي إلى الخصومة .

والثّاني : أنّه لاينال السّبق بذلك فيجوز لغيره أن يرفع ذلك المصلّى ويجلس في موضعه ، لأنّه لاحرمة له ، ولأنّ السّبق بالجسم لابالمصلّى .(٤)

وأرى أنّ القول الأوّل هو الرّاجح إلّا إذا أقيمت الصّلاة

---

(١) انظر : ش : روضة الطالبين ٢٩٤/٥ ، مغني المحتاج ٣٦٩/٢ .
ل : المبدع ٢٥٩/٥ ، كشاف القناع ١٩٦/٤ .
(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٣٥١/٢ .
(٣) انظر : م : حاشية الدسوقي ٣٦٨/٣ ، حاشية الصاوي ٤٨٣/٣ .
ش : مغني المحتاج ٣٧١/٢ .
ل : المغني ٣٥٢/٢ .
(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٣٥٢/٢ .

فيرفع المصلّى المتروك وتسدّ الصّفوف لأنّ ذلك مطلوب شرعا .

وعندى أنّ أماكن التّعلم تعطى حكم المسجد .

– ومن السّبق بالتّحجير : من يترك متاعا له فى الطّريق ليحجر المكان الّذى يتخذه للبيع .

فقد اعتبره الحنابلة سابقا للمكان بذلك ، ومستحقّا له مالم يطل بقاؤه فيه (١) .

مدّة مقام السّابق إلى المكان العام فيه :

ليس هناك مدّة محددة لبقاء السّابق إلى المكان العام فيه ، ولكن عليه ألاّ يطيل المقام فيه فإن فعل أزاله الإمام حتّى لايصير كالمتملّك له باختصاصه بنفع يساويه فيه غيره .

– وهذا قول المالكيّة ، وهو الظّاهر عند الحنابلة (٢) .

والظّاهر الرّجوع فى طول المدّة إلى العرف .

– وقال الشّافعيّة : لو أطال الإنسان البقاء فى المكان العام لم يزعج إلاّ فى الرّبط الموقوفة على المسافرين فلايزادون على ثلاثة أيام بلياليها إلا لخوف أو مطر .

ولو شرط الواقف مدّة البقاء فى المكان الّذى وقفه لم يزد عليها وعند الإطلاق يعمل بالعرف (٣) .

وأرى أنّ الرّاجح هو قول المالكيّة والحنابلة :

لأنّى لاأجد فرقا بين الرّبط الموقوفة على المسافرين

---

(١) انظر : كشاف القناع ١٩٦/٤ .
(٢) انظر : م : حاشية الصاوى ٤٨٣/٣ ، حاشية الدسوقى ٣٦٨/٣ ، شرح الزرقانى على خليل ٦٣/٦ .
ل : كشاف القناع ١٩٦/٤ .
(٣) انظر : مغنى المحتاج ٣٧١/٢ ، شرح الجلال على المنهاج ٩٤/٣ .

والأماكن الموقوفة ، وبين غيرها من الأمكنة العامّة بل الكلّ سواء كما قال المالكيّة والحنابلة لثبوت الحقّ العامّ في كلّ فلايجوز أن يختص به واحد مدّة طويلة لأنّ ذلك يخرجه عن كونه حقّا عامّا . واللّه أعلم .

كيف ينتهي حقّ السّابق في المكان العام ؟

ينتهي ذلك الحقّ بعدّة أمور :

الأوّل : تركه للمكان بحيث لايدع فيه متاعا .

ويستثنى من ذلك من ترك المسجد لحاجة أو تجديد وضوء ، فإنّ أحقيّته بالمكان لاتنتهي بل له أن يرجع إليه في تلك الصّلاة .

نصّ على ذلك المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة بل قال الشّافعيّة له أن يرجع ولو لم يترك متاعه في ذلك المكان .

لحديث : (مَنْ قَامَ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ)(١) .

ولكن إذا أقيمت الصّلاة في غيبته واتصلت الصّفوف: يسد الصّفّ مكانه لحاجة إتمام الصّفوف(٢) .

والثّاني : طول مفارقة من ألف مكانا في المسجد أو في الشّارع لهذا المكان بحيث ينقطع الافه عنه ويالفون غيره .

---

(١) انظر : م : حاشية الدسوقي ٣٦٨/٣ ، حاشية البناني ٦٣/٦ ، حاشية الصاوي ٤٨٣/٣ .
ش : مغني المحتاج ٣٦٩/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٩٧/٣ ، شرح الجلال ٩٤/٣ .
ل : المغني ٣٥٠/٢ ، كشاف القناع ٤٦/٢ .
والحديث سبق تخريجه ص ٥٥٠ .

(٢) انظر : شرح منهج الطلاب ١٩٧/٣ ، شرح الجلال وحاشية القليوبي ٩٤/٣ .

وذلك عند الشّافعيّة الّذين اثبتوا له حقّا فيه (١) .

<u>والثّالث</u> : إزالة الإمام لمن أطال المقام فى المكان العام .

وذلك فى الظّاهر عند الحنابلة كما سبق ذلك عنهم (٢) .

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ٣٦٩/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٩٥/٣ ، شرح الجلال ٩٣/٣ .

(٢) انظر : كشاف القناع ١٩٦/٤ ، المبدع ٢٥٩/٥ .

المطلب الثّاني : الإقطـــاع

ونحتاج إلى بيانه وفيم يكون ؟ وكيف ينتهي ؟

فالإقطاع هنا :

أن يمنح الإمام شخصا حقّ الجلوس في المكان العام لمصلحة عامّة .

ويتحقق ذلك في حالين :

الأولى : أن يمنح الإمام مكانا لمن يبيع فيه سواء أكان ذلك المكان في الشّوارع ، أم في رحاب المساجد الواسعة الخارجة عنها غير المحوطة .

ويشترط في ذلك : عدم التّضييق على النّاس والإضرار بهم لأنّه ليس للإمام أن يأذن فيما لامصلحة فيه فضلا عمّا فيه مضرة .

ويترتّب على ذلك الإقطاع أمران :

أحدهما : أنّ المقطع له يصير أحقّ بالمكان ولكنّه لايملكه بذلك .

والثّاني : أنّ أحقيّة المقطع له بالمكان تستمرّ وإن قام عنه ولاينتهي حقّه فيه إلاّ بعودة الإمام فيما أقطع .

وهذا في الظّاهر عند الحنابلة ، وهو قول للشّافعيّة إلاّ انّهم قالوا : إنّ لغيره أن ينتفع به في مدّة غيبته على الأصحّ عندهم .(١)

(١) انظر : ش : روضة الطالبين ٢٩٨،٢٩٥/٥ ، مغني المحتاج ٣٦٩/٢ .
ل : كشاف القناع ١٩٦/٤ ، المبدع ٢٥٩/٥ .

والحال الثّانية : ماذكره الماوردى وهو أن ينظر الإمام فيمن يقوم بالفتيا والتّدريس فى الجوامع وكبار المساجد فيرتّب من يراه أهلاً لذلك بل يشترط إذنه فى ذلك إن كان هو عرف البلد .

ومعنى ذلك : أنّ الإمام يمنح العالم الحقّ فى الجلوس فى المسجد وعندئذ يصير أحقّ بذلك الموضع .(١)

أقول : وهل من هذا القبيل مايحتاج إليه النّاس الآن من إيقاف السّيارات ، ووضع بعض الأموال الّتى تخصّ النّاس فى الأماكن العامّة ؟

---

(١) انظر : الأحكام السلطانية ص ١٦٣ .